Die allgemeinen Voraussetzungen der Ergänzungspflegschaft (§ 1909 BGB.).

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

bacc. iur. **Willy Hommel**

in Leipzig.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Meiner lieben Mutter

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Literaturverzeichnis	VII
	Einleitung	1
§ 1.	**I. Der Kreis der Rechtssubjekte, die der Ergänzungspflegschaft unterliegen**	8
§ 2.	Anhang: Die Unzulässigkeit der Pflegerbestellung für ein nach § 1591 eheliches Kind bei der Geltendmachung des Unterhaltsanspruches gegen seinen außerehelichen Erzeuger	12
	II. Die Grenzen des gegenständlichen Anwendungsgebietes der Ergänzungspflegschaft.	
§ 3.	Vorbemerkung	18
§ 4.	Die Selbständigkeit des Schutzbefohlenen	19
§ 5.	Der Einfluß der Eheschließung einer Schutzbefohlenen auf die rechtliche Stellung ihres gesetzlichen Vertreters	26
§ 6.	Die Vertretung des Schutzbefohlenen durch das Vormundschaftsgericht	31
§ 7.	Die Unzulässigkeit der Vigilanzpflegschaft	42
§ 8.	Die Inventarerrichtung	45
§ 9.	Anhang: Das Prüfungsrecht des Vormundschaftsgerichts bei Anordnung einer Ergänzungspflegschaft	48
	III. Die Verhinderung des gesetzlichen Vertreters.	
§ 10.	Die tatsächliche Verhinderung	52
§ 11.	Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter. Der Einfluß ihrer Wiederverheiratung	56
§ 12.	Die Pflegschaft über Ausländer	62
§ 13.	Die Verhinderung des gesetzlichen Vertreters bei bestehender Gegenvormundschaft, Mitvormundschaft und Beistandschaft. Die Verhinderung des Gegenvormunds, Beistands oder Ergänzungspflegers	64
§ 14.	Die Unzulässigkeit der Pflegschaft bei allgemeinem Fürsorgebedürfnis	66
§ 15.	Überblick über das Gebiet der rechtlichen Verhinderung. Einzelne Fragen	68

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare und Textausgaben.

Achilles = Achilles-Greif, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Textausgabe mit Anmerkungen. 6. Aufl. 1909.

Blume = Opet u. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Abschn. 2: Verwandtschaft 1906, Abschn. 3: Vormundschaft 1904 (s. auch Opet).

Dorner = Dorner, Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. 5. 1898. 1899.

Fischer-Henle = Fischer u. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Handausgabe mit erläuternden Anmerkungen. 8. Aufl. 1909.

Frank = Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5.—7. Aufl. 1908.

Fuchs = August Fuchs, Das Vormundschaftsrecht. 1909.

Gareis = Gareis, Handelsgesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Handausgabe. 4. Aufl. 1909.

Haidlen = Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Bd. 3: Familienrecht. 1897.

Hesse = Hesse, Deutsches Vormundschaftsrecht. 1900.

Hölder = Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Jaeger = Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3. u. 4. Aufl. 1907 (bis § 42), im übrigen 2. Aufl. 1904.

Josef, Lehrb. = Josef, Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit Kommentar und Anmerkungen. 2. Aufl. 1906.

Kuhlenbeck = Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch im Auftrage des Vorstands des Deutschen Anwaltsvereins erläutert. 2. Aufl. 1903 f.

Landmann = v. Landmann-Rohmer, Kommentar zur Gewerbeordnung. 5. Aufl. 1907.

Neumann = Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 5. Aufl. 1909.

Olshausen = Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Opet = Opet u. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Abschn. 1: Bürgerliche Ehe. 1906.

Planck = Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1903 ff., insbes. Bd. 1 1903 und Bd. 4 1906.

Rehbein = Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1: Allgem. Teil. 1899.

Scherer = Scherer, Kommentar zum Familienrecht. 1899.
Schultze-Görlitz = Schultze-Görlitz, Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1900.
Schultzenstein = Schultzenstein u. Köhne, Das deutsche Vormundschaftsrecht. Textausgabe mit Erläuterungen. 2. Aufl. 1901.
Staudinger = Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3./4. Aufl. 1907 ff., insbes. Bd. 1 5. Aufl. 1909 und Bd. 4 1908.

II. Systematische Darstellungen, Monographien.

Adamkiewicz = Adamkiewicz, Rechtsbegriff der Kuratel. 1892.
d'Alleux, Diss. = d'Alleux, Zur Pflegschaftslehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Diss. 1905.
Bingel, Diss. = Bingel, Die Grenzen der Vertretungsmacht des Vormundes eines Minderjährigen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.
Böhm = Böhm, Das Vormundschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1900.
Cosack = Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1904, Bd. 1 5. Aufl. 1909.
Crome = Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900—1906.
Dernburg = Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 4. Aufl. 1908, insbes. Bd. 4: Familienrecht.
Dernburg, VormR. = Dernburg, Das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie nach der Vormundschaftsordnung v. 5. 7. 1875. 3. Aufl. 1886.
Endemann = Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. u. 9. Aufl. 1908, insbes. Bd. 2, 2: Familienrecht.
Enneccerus = Enneccerus (Kipp, Wolf) u. Lehmann †, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 4. u. 5. Aufl. 1909. (s. auch Lehmann.)
Goldmann-Lilienthal = Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2., nach dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs bearbeitete Aufl. Bd. 1: Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse. 1903.
Hallbauer = Hallbauer u. Thieme-Garmann, Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. 1909.
Holtzendorff = Holtzendorff, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. 1904. Herausgegeben von Kohler.
Knitschky = Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Lehmann = Lehmann, Sachen-, Familien- und Erbrecht. 2. Aufl. 1901. (s. auch Enneccerus.)
Marcus = Marcus, Die gerichtliche Erbteilung nach deutschem Recht. 1907.
Matthiaß = Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Meisner = Meisner, Das Familienrecht. 1905.
Opet = Opet, Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.
Sauer = Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht. 1909.

Schaefer, Diss. = Schaefer, Vorläufige Vormundschaft und Pflegschaft. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1909.

Wieruszowski = Wieruszowski, Handbuch des Eherechts mit Ausschluß des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts. Bd. 1 1900, Bd. 2 1904.

Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906 von Kipp.

III. Aufsätze.

Ahsbahs, Muß bei Wiederverheiratung des überlebenden Elternteils (Vaters) stets ein Pfleger für das Kind bestellt werden?

v. Blödau, Der Mißstand der Pflegerhäufung bei Erbauseinandersetzungen.

Boschan, Muß für minderjährige Kinder einer geschiedenen Ehefrau nach ihrer Wiederverheiratung ein Pfleger bestellt werden?

v. Boxberger, Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Breit, Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung.

Breit, Zur Frage der prozessualen Vertretung des Kindes bei der Geltendmachung der Unehelichkeit aus § 1593 BGB.

Friedländer, Die Vertretungsmacht des Inhabers der elterlichen Gewalt.

Gerstel zu derselben Frage wie Breit sub 2.

Gimmerthal, Zur väterlichen (!) Gewalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Haugen, Auseinandersetzung zwischen Minderjährigen ohne widerstreitende Interessen.

Hilse, Die Anordnung der Pflegschaft im Falle des § 1909 BGB.

Hilse, Errichtung und Prüfung des Lehrvertrags.

Hilse, Pflicht des Vormundschaftsrichters zur Anordnung einer Pflegschaft behufs Vollziehung des Lehrvertrags.

Hörle, über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB.

Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betriebe eines Erwerbsgeschäfts.

Hogrefe, Kann ein Geisteskranker, bei dem die Voraussetzungen der Entmündigung vorliegen, einen Pfleger erhalten?

Jastrow, Der Gesetzentwurf über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Junghanns, Wirkung der Eheschließung Minderjähriger auf die Sorge für ihr Vermögen für den Fall des gesetzlichen Güterrechts.

Josef, Die Anordnung einer Pflegschaft für das Kind bei Erziehungsstreitigkeiten.

Josef, Die Prüfungspflicht des Vormundschaftsrichters bei Pflegschaftsanordnung für einen Rechtsstreit.

Josef, Das Prüfungsrecht des Vormundschaftsgerichts bei Anordnung einer Pflegschaft zur Vertretung des Pfleglings in Rechtsstreitigkeiten.

Kiese, Rechte des Mannes an dem von der Frau in die Ehe beigebrachten Handelsgeschäfte bei gesetzlichem Güterstande.

Marcus, Ist es, wenn die Aufhebung einer Erbengemeinschaft dadurch erfolgt, daß alle Miterben bis auf einen diesem ihre Anteile am Nachlaß verkaufen und übertragen, notwendig, daß jeder der hierbei beteiligten minder-

jährigen Miterben durch einen besonderen Vormund oder Pfleger vertreten werde?

Mayer, Teilungsaufschub und Pflegerbestellung.

Pfäfflin, Die abgeleitete Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen auf Grund der §§ 112, 113 BGB.

Pieper zu derselben Frage wie v. Blödau.

Plotke, Vertretung amerikanischer, englischer und französischer Minderjähriger beim Verkaufe deutscher Grundstücke, an denen diese Minderjährigen mitbeteiligt sind.

Salinger, Die Pflegschaft im Falle der Behinderung des Gewalthabers oder Vormunds.

Schefold, Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Minderjährigen und das elterliche Verwaltungsrecht.

Schiffer, Das Erfordernis der Pflegschaft im preußischen Fürsorgeerziehungsverfahren.

Schmale, Zu § 126b GewO. und § 1909 BGB.

Schneider, Das Beschlußverfahren und die Rechtskraft in privatrechtlichen Streitigkeiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Schultheis zu derselben Frage wie Josef sub 2.

Siebdrat, Der Einfluß des § 181 BGB. auf die Vertretungsmacht des Gewalthabers, des Vormundes und Pflegers.

Sohn, Zur Auslegung der §§ 1775, 1795 Abs. 2 u. 181 BGB.

Thiele, Studien zum ehelichen Güterrecht. Das Erwerbsgeschäft der Ehefrau im gesetzlichen Güterstande.

Wittich zu derselben Frage wie Hogrefe.

Und andere.

IV. Zeitschriften, Präjudiziensammlungen.

Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte.

Archiv für bürgerliches Recht.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Badische Rechtspraxis. (zit.: Bad. Rechtspr.)

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (zit.: Gruchot.)

Deutsche Juristenzeitung. (zit.: DJZ.)

Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden. (zit.: Reger.)

Entscheidungen des Obersten Landesgerichts zu München. (zit.: E. bayr.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: E.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (zit.: ESt r.)

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt. (zit.: RJA.)

Hanseatische Gerichtszeitung. (zit.: Hans. GZ.)

Hessische Rechtsprechung. (zit.: Hess. Rechtspr.)

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw. (zit.: Jahrb.)

Juristische Wochenschrift. (zit.: JurW.)

Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.

Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Das Recht. (zit.: R.)
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (zit.: Rechtspr.)
Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß und das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, begründet von Busch. (zit.: ZZP.)
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. (zit.: D. NotVZ.)
Zeitschrift für das Notariat, herausgegeben vom Verein für das Notariat in Rheinpreußen. (zit.: Rhein. NotZ.)
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. (zit.: ZRpflB.)
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. (zit.: ZbI.)

V. Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Denkschrift (Denkschr.), Entwurf 1. u. 2. Lesung (E. I bezw. II).
Motive insbes. Bd. 4: Familienrecht. (Zitat der Motive ohne Ziffer bedeutet Bd. 4.)
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, insbes. Bd. 4 1899. (zit.: Mugdan.)

Nach Mugdan sind insbes. der Bericht der Reichstagskommission und die Verhandlungen im Plenum des Reichstags, vorwiegend auch die Protokolle und die Denkschrift zitiert.

Die Abkürzungen und Zitate entsprechen den Vorschlägen des 27. Juristentags, soweit sich nicht aus IV und V etwas anderes ergibt.

VormO. = Vormundschaftsordnung.
VG. = Vormundschaftsgericht.
OberstLG. = Oberstes Landesgericht München.

Einleitung.

Die elterliche Gewalt und die Vormundschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs begründen für ihren Inhaber das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes oder Mündels zu sorgen (§§ 1627, 1793). Die in Ausübung dieses Fürsorgeamtes vom Inhaber der elterlichen Gewalt oder vom Vormunde vorgenommenen Handlungen sind, soweit sie nicht rein tatsächlicher Natur sind, sondern auf einen rechtlichen Erfolg abzielen, Rechtsgeschäfte. Die Vornahme dieser Rechtsgeschäfte für Kind oder Mündel geschieht in seiner Vertretung.[1]) Insoweit die für den Schutzbefohlenen[2]) vorgenommenen Rechtsgeschäfte für und gegen diesen wirken, steht dem Inhaber der elterlichen Gewalt oder dem Vormunde die Vertretung des Schutzbefohlenen zu. Aus dem Recht der Fürsorge für Person und Vermögen ergibt sich sonach die Vertretungsmacht.[3]) Besondere Bestimmungen darüber, daß dem Gewalthaber und Vormunde die Vertretungsmacht zustehe, sind sonach entbehrlich,[4]) das Gesetz hebt es jedoch noch ausdrücklich hervor:

> § 1630 Abs. 1: Die Sorge für die Person und das Vermögen umfaßt die Vertretung des Kindes.
>
> § 1793: Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten.

Elterliche Gewalt und Vormundschaft bezwecken prinzipiell die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen des

---

[1]) Blume, Verwandtschaft S. 501.

[2]) Unter diesem Ausdrucke sollen im folgenden Kind und Mündel zusammengefaßt werden.

[3]) Mot. S. 722, 1083.

[4]) Breit, Seufferts Bl. Bd. 73 S. 844 sub IV.

Schutzbefohlenen in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht, sie haben demnach einen unbeschränkten Umfang (Mot. S. 1044 Abs. 2, S. 740 Ziff. 1), demzufolge ist auch die Vertretungsmacht eine allgemeine (Mot. S. 1084 Abs. 2, 3).[5] Innerhalb seines Wirkungskreises ist der gesetzliche Vertreter[6] auch grundsätzlich selbständig (Mot. S. 1022 ff., 740). Dieses Prinzip der Unbeschränktheit und Selbständigkeit des gesetzlichen Vertreters gilt jedoch nicht ausnahmslos. Abgesehen von einer Reihe von Rechtsgeschäften des Familien- und Erbrechts, bei denen mit Rücksicht auf ihre höchstpersönliche Natur eine Stellvertretung unzulässig ist, die vielmehr von dem Schutzbefohlenen in eigener Person — sei es mit oder ohne Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters — vorgenommen werden müssen,[7] ergeben sich Beschränkungen in

---

[5]) Breit a. a. O. S. 846: „Prinzipiell ist der Machtkreis des Gewalthabers wie des Vormunds unbeschränkt, ihre Muntgewalt reicht soweit als die Notwendigkeit der Fürsorge überhaupt, sie sind gesetzliche Vertreter in der Totalität aller den Mündel berührenden Rechtsbeziehungen. Man kann sie daher treffend als gesetzliche Generalvertreter bezeichnen".

[6]) Darunter verstehen wir im folgenden sowohl den elterlichen Gewalthaber als auch den Vormund. Diese Ausdrucksweise (vgl. Breit a. a. O. S. 843 sub f) entspricht auch der des Gesetzes. Denn das BGB. spricht vom „gesetzlichen Vertreter" — abgesehen von einigen Ausnahmen im Pflegschaftsrecht — nur in Verbindung mit geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen (vgl. z. B. §§ 8, 107, 1336 Abs. 2 Satz 1). Der gesetzliche Vertreter einer nicht unbeschränkt geschäftsfähigen Person ist der gesetzliche Vertreter im technischen Sinne. Dagegen hat der Vorstand einer juristischen Person nur „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" (§§ 26, 30, 86). Er ist nicht gesetzlicher Vertreter des geschäftsunfähigen Vereins, sondern Willensorgan des „willensfähigen, nicht nur als Willenssubjekt gedachten" Vereins (Enneccerus Bd. 1 § 102 S. 241 Anm. 5).

[7]) Hierher gehören insbesondere die auf Eingehung, Anfechtung und Bestätigung einer Ehe gerichteten Willenserklärungen (§§ 1317, 1336 Abs. 1, 1337 Abs. 3; vgl. a. ZPO. § 612 Abs. 1), die güterrechtlichen Eheverträge (§§ 1437 Abs. 1, 1508 Abs. 2, 1516 Abs. 2), die mit der Ehelichkeitserklärung zusammenhängenden Willenserklärungen (§§ 1728 Abs. 1, 1731), Adoptionsverträge (§§ 1748 Abs. 2, 1750 Abs. 1, 1755, 1770), sowie die letztwilligen Verfügungen, insbesondere Testamentserrichtung (§§ 2064, 2229), der Widerruf letztwilliger Verfügungen beim gemeinschaftlichen Testament (§ 2271), die Rechtsgeschäfte des Erbvertrags (§§ 2274, 2275 Abs. 2, 2282, 2290 Abs. 2, 2291 Abs. 1 Satz 2, 2292, 2296) und der Erbverzicht (§ 2347). Vgl. a. Mot. S. 740 Ziff. 1, 1085 Abs. 2; Planck § 1630 IV, 1; Enneccerus Bd. 1 § 166 S. 423 III. Eine erschöpfende Aufzählung gibt Staudinger § 1630 VI, 2.

tatsächlicher Hinsicht oder nach der Seite der Vertretung aus dem Wesen der elterlichen Gewalt und Vormundschaft selbst. Beide haben den Charakter einer aus dem natürlichen Schutzbedürfnis[8]) des Kindes und Mündels hervorgegangenen, deren Fürsorge dienenden Schutzgewalt,[9]) tragen daher ihre Schranken in sich selbst. Dem Schutzbedürfnis des Kindes und Mündels hat das Gesetz in weitgehendem Maße Rechnung getragen. Dies kommt z. B. darin zum Ausdruck, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dem gesetzlichen Vertreter — dem elterlichen Gewalthaber mit Rücksicht auf das zwischen ihm und dem Kinde bestehende natürliche Verhältnis in geringerem Maße als dem Vormunde (Mot. S. 724,

---

[8]) Über dieses s. Breit a. a. O. S. 843—845.

[9]) Mot. S. 721; auch hinsichtlich der elterlichen Gewalt steht das BGB. auf dem Boden des sogen. Vormundschaftsprinzips. Über die Entwicklung und die Stellung der einzelnen früheren Gesetzgebungen vgl. die eingehende Darstellung in den Mot. a. a. O. S. a. Knitschky S. 133 ff.; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 67 ff.; H. O. Lehmann § 205 S. 526 ff.; Blume, Verwandtschaft S. 499; Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 366; Stölzel im Preuß. JustizminBl. 1874 S. 128 ff., 1878 S. 7 ff. Der erstgenannte Aufsatz Stölzels verdient auch deshalb besondere Beachtung, da er durch die Vorarbeiten zur preuß. Vormundschaftsordnung v. 5. 7. 1875 veranlaßt worden war, die für das Vormundschaftsrecht des BGB. von bedeutendem Einfluß gewesen ist (Mot. S. 1008 f.). Vgl. neuerdings auch Gimmerthal, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 104 S. 388, 416 f. Bezüglich der Entwicklung in vermögensrechtlicher Hinsicht vgl. K. Lehmann in Iherings Jahrb. Bd. 25 (1887) S. 142 ff., insbes. S. 145 ff. — Von der Darstellung der Entwicklungsgeschichte muß hier Abstand genommen werden. Es wurden einer eingehenden Lektüre unterzogen die umfassenden Darstellungen des Vormundschaftsrechts von Rudorff (1833 ff.) und Kraut (1835 ff.) (vgl. auch des letzteren Grundriß §§ 184, 186 f., 189); Adamkiewicz, Zöpfl, Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige" (Inauguralabhandlung 1828); Debray, Das Vormundschaftsrecht der Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 (Diss. 1899); die Aufsätze von Löhr in seinem und Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung Bd. 3 Nr. 1, „Über die römischen Begriffe von tutela und cura" (1810) und Mathis in der Allgem. Jur. Monatsschr. Bd. 2 (1806). Vgl. a. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte (1887) Bd. 1 S. 75; Schröder, Lehrb. der deutschen Rechtsgeschichte (1902) S. 60, 66, 321, 745. Von den Darstellungen des deutschen Privatrechts wurden benutzt die Lehrbücher von Roth Bd. 2 (1881) S. 273 ff., 332; Heusler (1885) Bd. 1 S. 95, 105—108, Bd. 2 S. 431, 480; v. Gerber-Cosack (1895) S. 494; Stobbe-Lehmann (1900) Bd. 4 S. 3 ff., 365 ff., 512, 516 ff.

802)[9a]) — hinsichtlich der Vermögensverwaltung gewisse Verpflichtungen auferlegt[10]) und die Wirksamkeit einer Reihe von Rechtsgeschäften von der Genehmigung des VG. abhängig macht (§§ 1643 f., 1812, 1821 f.), im Institute des Beistandes (§§ 1687 ff.) für die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt und im Gegenvormunde (§§ 1792, 1799) Kontrollorgane schafft, vor allem aber dem VG. unter Verhaftung des Vormundschaftsrichters (§§ 1674, 1848 [839 Abs. 1 u. 3]) ein mit unter Umständen sehr weitgehenden Machtbefugnissen ausgestattetes Aufsichtsamt[11])

[9a]) vgl. a. Denkschr. S. 217 a. E.

[10]) Insbesondere zur Inventarerrichtung (§§ 1640, 1667, 1802) und Anlegung von Geld (§§ 1642, 1807), sowie zur Auseinandersetzung im Falle der beabsichtigten Wiederverheiratung (§§ 1493, 1669, 1740, 1761; 1314), dem Vormunde (Mot. S. 1027) zur periodischen Rechnungslegung (§ 1840) und Hinterlegung (§§ 1808, 1814 f.), sowie zur Auskunftserteilung (§§ 1799, 1839); letztere Verpflichtung erstreckt sich aber auch auf die Angelegenheiten der persönlichen Fürsorge.

[11]) Dieses Aufsichtsamt ist aber, wie sich aus dem Wesen der Schutzgewalt ergibt, kein allgemeines, es gibt insbesondere dem VG. nicht das Recht, den gesetzlichen Vertreter zu überwachen. (Keine Vigilanzpflegschaft! darüber vgl. unten § 7.) Gegenüber dem Vormunde beschränkt sich das Aufsichtsrecht des VG. grundsätzlich auf eine die Gesetzmäßigkeit und Pflichtmäßigkeit der vormundschaftlichen Verwaltung gewährleistende Sicherung (Planck Vorbem. 3c vor § 1773; vgl. auch desselben Erl. 1 zu § 1837 und die dort principio angegebene Literatur über die Selbständigkeit des Vormundes). Vgl. a. Mot. S. 1022, 1025: „Die Vormundschaft soll nicht geführt werden durch das Gericht unter Beihilfe des Vormundes, sondern vom Vormunde unter Aufsicht des Gerichts". Der Vormund ist nicht bloß Organ des VG. wie im ALR. (Schultzenstein-Köhne S. 43). — Die Stellung des elterlichen Gewalthabers gegenüber dem Kinde ist zwar begrifflich die eines Vormundes, doch ist die Aufsicht des VG. so weit beschränkt, als es mit der Sicherung des Kindes gegenüber Mißbrauch der Gewalt durch den Gewalthaber und gegen Gefährdung vereinbar ist. Die Fürsorge und Aufsicht des VG. ist deshalb nicht als eine regelmäßige, organisierte und präventive, sondern nur als eine in Veranlassung besonderer Umstände wirksam werdende gestaltet. So Mot. S. 802 zu §§ 1544—1553; vgl. a. OLG. Stuttgart v. 2. 12. 1903, Rechtspr. Bd. 8 S. 349; OLG. Darmstadt v. 29. 7. 1908, Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 131; KG. v. 4. 10. 1906, Jahrb. Bd. 33 A S. 29 = R. 1907 S. 891 Nr. 2074; Kleinschmidt, Hess. Rechtspr. Bd. 10 S. 85 ff. — Gegen die Begründung der Motive wendet sich Gimmerthal a. a. O. S. 417: Ein Einschreiten des VG. müsse, wenn es sich nicht auf reine Zufälligkeiten gründen und damit völlig prinzipios werden solle, die Folge einer planmäßigen Kontrolle sein, und wenn ein Grund zum Einschreiten einmal oder sogar mehrmals vorgelegen habe, so werde im Interesse des Kindes das VG. wohl

(§§ 1665 ff., 1837 ff.) überträgt, bei dessen Ausübung das VG. in dem Gemeindewaisenrat[12]) (§§ 1675, 1850) eine wichtige Stütze hat. Während das VG. weiterhin auf Grund besonderer mit diesem Aufsichtsamte zusammenhängender gesetzlicher Bestimmungen im Interesse des Schutzbefohlenen dem gesetzlichen Vertreter hinsichtlich einzelner Angelegenheiten oder eines Kreises von Angelegenheiten, sei es der Personenfürsorge oder der Vermögensverwaltung, sei es in rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung, die Ausübung des Fürsorgeamtes entziehen kann, erachtet das Gesetz in anderen Fällen den gesetzlichen Vertreter nach Lage der Sache schlechthin für ungeeignet und unfähig zur Vertretung des Schutzbefohlenen oder zur Ausübung des Fürsorgeamtes in tatsächlicher Hinsicht, ohne im Einzelfalle danach zu fragen, ob die Gefahr einer parteiischen Geschäftsführung durch den gesetzlichen Vertreter wirklich vorliegt, und schließt diesen daher insoweit aus. In diesen Fällen entbehren sonach die des Schutzes bedürfenden Interessen des Kindes oder Mündels der an sich berufenen Vertretung. Wenn das Gesetz in §§ 1665, 1846 für den Fall der Verhinderung des gesetzlichen Vertreters dem VG. ganz allgemein aufgibt, die im

---

oft eine strengere Kontrolle über das Kind ausüben müssen als über einen bewährten Vormund. Die Äußerung der Motive sei angesichts der für die Aufsicht vorhandenen Organe des VG. und des Gemeindewaisenrats, sowie angesichts des offenbar präventiven Charakters der §§ 1666, 1667 schwer verständlich. Diese Polemik ist m. E. nicht gerechtfertigt. Denn ein Ermittlungsverfahren des VG., das je nach Lage der Sache zu bestimmten Maßregeln gegen den Gewalthaber führt oder, falls ein Grund zu solchen nicht vorhanden ist, eingestellt wird, hat mit einer ständigen Überwachung nichts zu tun. G. unterschätzt die Bedeutung des Gemeindewaisenrats. Gewiß hat auch dieser kein Überwachungsrecht, er wird aber, um seiner schwierigen Aufgabe gerecht zu werden, mit den Verwandten des Kindes, insbesondere mit der Mutter (§ 1634) Fühlung nehmen und dadurch in die Geschäftsführung des Gewalthabers Einblick gewinnen. Vgl. a. Friedländer, DJZ. 1905 S. 495, nach dem die Vertretungsmacht des Gewalthabers im Interesse des Kindesvermögens zu groß ist, und der vorschlägt, die in § 1643 enthaltenen Bestimmungen (Genehmigung des VG.) auf die in §§ 1809, 1812, 1814—1820, 1822 Ziff. 13 aufgeführten Geschäfte auszudehnen. Wir lehnen diesen Vorschlag aus den gleichen Gründen ab, er würde das Prinzip der Selbständigkeit des Gewalthabers weiter unnötig durchbrechen.

[12]) Über diesen vgl. Schultzenstein-Köhne S. 44 ff.; Planck Vorbem. vor § 1849.

Interesse des Schutzbefohlenen erforderlichen Maßregeln zu treffen, hat es daher auch die vorstehenden Fälle des teilweisen gesetzlichen Ausschlusses und der teilweisen vormundschaftsgerichtlichen Entziehung des Fürsorgeamtes im Auge. Eine spezielle und wohl die hauptsächlichste im Interesse des Schutzbefohlenen zu treffende Maßregel[13]) statuiert das Gesetz in § 1909, in dem es für derartige Fälle die Bestellung eines Pflegers anordnet. Da diese Pflegschaft — im Gegensatze zu einer Reihe außerhalb des Gebietes der Mündelfürsorge liegender, von einer Schutzgewalt unabhängiger, selbständiger Pflegschaften — bestimmt ist, im Umfange ihres Wirkungskreises die elterliche Gewalt oder Vormundschaft oder aber eine Pflegschaft (vgl. § 1915) zu ergänzen,[14]) nennen wir sie „Ergänzungspflegschaft".[15])[16])

Im nachstehenden sollen die allgemeinen Voraussetzungen einer derartigen Ergänzungspflegschaft behandelt werden. Es soll zunächst der Kreis der Rechtssubjekte, für die eine Ergänzungspflegschaft angeordnet werden kann, umschrieben werden. Sodann

---

[13]) vgl. Salinger JurW. 1903 S. 60; vgl. a. KG. v. 9. 11. 1905, Rechtspr. Bd. 12 S. 330.

[14]) Die Unselbständigkeit der Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1, ihre Abhängigkeit von einem elterlichen Gewaltverhältnis oder einer Vormundschaft heben die Motive S. 1253 f. mit den Worten hervor: § 1909 Abs. 1 Satz 1 enthalte das Prinzip, daß der Rechtsgrund einer Vormundschaft bezw. der elterlichen Gewalt immer auch den Grund für eine Pflegschaft bilden könne, wenn der allgemeine vormundschaftliche oder elterliche Schutz sich aus einem in der Person des Vormundes oder des Inhabers der elterlichen Gewalt liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Grunde für besondere Angelegenheiten als unzulässig erweise; vgl. a. Breit a. a. O. S. 846 unten.

[15]) Blume, Vormundschaft S. 155 oben; Endemann S. 847; Breit a. a. O. S. 846 Ziff. 3; d'Alleux, Diss. S. 5; Matthiaß Bd. 2 S. 400 spricht von „Aushilfspflegschaft".

[16]) Es hat daher auch die in § 1909 Abs. 3 normierte sogen. vorläufige Pflegschaft, die dann anzuordnen ist, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ohne daß bereits ein Vormund bestellt ist, bei den nachstehenden Erörterungen außer Betracht zu bleiben. Denn dort handelt es sich nicht um die Vervollständigung einer bestehenden, sondern um den Ersatz einer überhaupt noch nicht vorhandenen Vormundschaft. Dernburg (S. 450 oben) bezeichnet allerdings auch die vorläufige Pflegschaft als Ergänzungspflegschaft. Über die vorläufige Pflegschaft vgl. Schäfer, Diss. S. 73—77; d'Alleux, Diss. S. 22 ff.

ist das gegenständliche Gebiet der Ergänzungspflegschaft zu begrenzen, mit andern Worten die Frage zu beantworten, wann überhaupt eine die Bestellung einer Ergänzungspflegschaft erforderlich machende Angelegenheit vorliegt. Schließlich ist auf die Verhinderung des gesetzlichen Vertreters einzugehen. Die Aufgabe der Darstellung wird hierbei sein, die allgemeinen bei der Verhinderung des gesetzlichen Vertreters sich ergebenden Gesichtspunkte hervorzuheben. Das umfangreiche Gebiet der rechtlichen Verhinderung des gesetzlichen Vertreters erschöpfend darzustellen, wie erst beabsichtigt war, würde dagegen außerhalb des Rahmens der vorliegenden Arbeit fallen. Es soll am Schlusse der Darstellung nur ein kurzer Überblick über die Fälle der rechtlichen Verhinderung gegeben und dabei auf einzelne besonders wichtige Fragen eingegangen werden.

I. Der Kreis der Rechtssubjekte, die der Ergänzungspflegschaft unterliegen.

§ 1.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes in § 1909 Abs. 1 Satz 1 ergibt sich ohne weiteres: derjenige, der einen Ergänzungspfleger erhalten soll, muß unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehen. Objekte der Ergänzungspflegschaft können sonach sein:

1. Minderjährige, soweit sie nicht auf Grund von § 3 nach Vollendung des 18. Lebensjahres für volljährig erklärt worden sind. Sie stehen gemäß § 1626 unter elterlicher Gewalt oder mangels einer solchen gemäß § 1773 unter Vormundschaft.
2. Volljährige, die nach § 6 wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt sind. Sie stehen gemäß § 1896 unter Vormundschaft.

Da das Gesetz von Vormundschaft schlechthin spricht, sind auch die gemäß § 1906 unter vorläufige Vormundschaft Gestellten, d. s. die Volljährigen, deren Entmündigung beantragt ist, mit inbegriffen.[1] [2] Bedarf dagegen ein volljähriger oder für volljährig

---

[1] So auch Staudinger und Planck § 1909 je 2a; Fischer-Henle § 1909, 1; d'Alleux, Diss. S. 12 Ia.

[2] Auf die Vormundschaft über Volljährige finden gemäß § 1897, soweit nicht §§ 1898—1908 entgegenstehen, — für die Pflegschaft über einen entmündigten Volljährigen, soweit sie sich auf die persönliche Fürsorge erstreckt, ist insbes. § 1901 zu beachten, wonach sich die Personenfürsorge nur so weit erstreckt, als es der Zweck der Pflegschaft (§ 1915) erfordert. Vgl. auch Mot. S. 1238; KG. v. 20. 4. 1905, Jahrb. Bd. 29 A S. 24 ff. insbes. S. 26 ff. — die für die Vormundschaft über Minderjährige geltenden Vorschriften Anwendung. Hinsichtlich der wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung, oder der nach § 1906 Entmündigten ist § 114 zu beachten, wonach die aus diesen Gründen Entmündigten als beschränkt

erklärter Geisteskranker oder Geistesschwacher im Sinne von §§ 6 Ziff. 1, 104 Ziff. 2 u. 3, der nicht entmündigt und dessen Entmündigung auch nicht beantragt ist, der Fürsorge für einzelne Angelegenheiten, so ist gemäß § 1910 Abs. 2 eine sogen. Gebrechlichkeitspflegschaft anzuordnen.[3]) Hinsichtlich der Geistesschwachen ist die Zulässigkeit einer derartigen Pflegschaft für einzelne Angelegenheiten bei der 2. Lesung ausdrücklich anerkannt worden.[4])

Nach § 1915 finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften mangels besonderer entgegenstehender Gesetzesbestimmungen auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung. Dies gilt auch für die vorläufige Pflegschaft des § 1909 Abs. 3: Ist der vorläufige Pfleger an der Besorgung einer in seinen Wirkungskreis fallenden Angelegenheit des Pfleglings verhindert, so ist insoweit ein weiterer Pfleger als Ergänzungspfleger zu bestellen. Es gibt sonach auch Ergänzungspflegschaften über Personen, die weder unter elterlicher Gewalt noch unter Vormundschaft stehen. Von der Verhinderung des Ergänzungspflegers selbst sowie der des Gegenvormundes und Beistandes ist an anderer Stelle[5]) zu

---

geschäftsfähig gelten. Es kann daher, wenn im folgenden von Mündeln die Rede ist, davon abgesehen werden, jedesmal § 1897 zu zitieren. Wird im folgenden von minderjährigen, unter Vormundschaft stehenden Personen gesprochen, gilt das auch entsprechend für die Entmündigten, soweit sie nach Art ihres Entmündigungsgrundes unter die Vorschrift des § 114 fallen.

[3]) KG. v. 4. 9. 1900, RJA. Bd. 1 S. 132; KG. v. 18. 11. 1901, Jahrb. Bd. 23 A S. 17 ff.; RG. v. 6. 10. 1902, E. Bd. 52 S. 240; RG. v. 10. 5. 1906, RJA Bd. 8 S. 1; RG. v. 21. 2. 1907, E. Bd. 65 S. 203; Endemann S. 860; Hesse § 1910, 5 Abs. 2; Planck § 1910, 2b Abs. 3. — Die Frage wird z. B. praktisch, wenn es sich um die Vertretung des geisteskranken nicht entmündigten Ehegatten in dem von dem andern Ehegatten angestrengten Ehescheidungsprozeß handelt (RG. Bd. 52 S. 240; KG., RJA. Bd. 1 S. 132); vgl. a. RG. v. 10. 3. 1892, E. Bd. 30 S. 184 (altes Recht). — Vgl. a. Breit a. a. O. S. 843 V 2: „Alle nicht geschäftsfähigen Personen, die nicht unter elterlicher Gewalt stehen, müssen zwar nicht, aber sollen doch wenigstens einen Vormund haben". — And. A. Hogrefe, Zbl. Bd. 2 S. 596 ff. unter Berufung auf Mot. S. 1257, 1250 und Denkschr. S. 252; ebenso Wittich daselbst S. 599 ff., der sich außerdem auf Mot. S. 1252 stützt. Vgl. a. Kornfeld (Mediziner) DJZ. 1900 S. 271. Neuerdings a. v. Bozberger, Zbl. Bd. 10 S. 217 ff., 269 ff. mit derselben Argumentation insbes. gegen die Judikatur des RG.

[4]) Mugdan S. 1333 zu § 1739 II a. E.

[5]) unten § 13.

sprechen; diese Fälle bedürfen hier nicht besonderer Erwähnung, da sie stets ein elterliches Gewaltverhältnis oder eine Vormundschaft voraussetzen, mithin bereits durch das eingangs dieses Paragraphen Gesagte getroffen sind.

Das Gesetz führt in dem von der Pflegschaft handelnden 3. Titel (§§ 1909—1921) des Vormundschaftsrechtes die Fälle, in denen Pflegschaften zulässig sind,[6]) im einzelnen auf. Zu den Vorschriften dieses Titels gesellen sich noch die im Erbrecht über die Nachlaßpflegschaft enthaltenen Bestimmungen (§§ 1960, 1975).[7]) Diese Aufzählung ist erschöpfend,[8]) es handelt sich nicht um die Aufstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze, sondern um die feste Abgrenzung einzelner Fälle. Das Gesetz geht hierbei von der Erwägung aus, daß in den aufgeführten Fällen „dem Bedürfnisse, soweit dasselbe in Verhältnissen allgemeiner Art sich gründet und demselben daher durch das Gesetzbuch Rechnung getragen

---

[6]) Über die übrigen sechs neben der Ergänzungspflegschaft bestehenden Pflegschaften des BGB. vgl. Breit a. a. O. S. 846, 3; d'Alleux, Diss. S. 25—86. Die nach §§ 57, 58, 679 Abs. 3, 686 Abs. 2, 779 Abs. 2 ZPO.; § 30 GGG.; § 26 KGG. (juncto § 30 GGG.); §§ 135, 176 ZVG.; §§ 1141, 1189 BGB. bestellten Vertreter sind keine Pfleger im Sinne des BGB. Der Zweck der Vertreterbestellung in diesen Fällen erschöpft sich nicht in der Fürsorge für den Vertretenen, die Vertreter haben vielmehr in den meisten Fällen das gegnerische Interesse zu berücksichtigen. Dem Gegner soll eine Prozeßhandlung ermöglicht werden. — Auf die erwähnten Fälle finden daher die Vorschriften über die Pflegschaft keine Anwendung. — vgl. a. d'Alleux, Diss. S. 8 sub III.

[7]) Wenn anders die Nachlaßpflegschaft überhaupt in diesem Zusammenhange genannt werden darf. Denn aus § 1984 ergibt sich, daß der Nachlaßverwalter nicht Erbenvertreter ist, sondern eine der des Konkursverwalters gleichartige Stellung einnimmt, also ein selbständiges Organ des Nachlaßverfahrens ist. Vgl. Schefold im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 307, 2c u. d. — Über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters vgl. RG. v. 30. 3. 1892, Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 77 S. 116 Abs. 1 S. 121: „Der Konkursverwalter handelt nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger, denn seine Funktionen gehen über den Kreis der rechtlichen Befugnisse dieser hinaus, er handelt auch nicht als Vertreter der Konkursmasse . . . er handelt lediglich kraft gesetzlichen Auftrags zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe. Hat er dabei die Interessen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger wahrzunehmen, so geschieht dies doch nicht in stellvertretender Ausübung von rechtlichen Befugnissen dieser Personen, sondern in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen".

[8]) And. A. Ahsbahs, Zbl. Bd. 7 S. 354.

werden muß, genügt wird und daß, soweit besondere Verhältnisse die Zulassung einer Pflegschaft noch in anderen Fällen erheischen sollten, durch die Spezialgesetzgebung Vorsorge zu treffen ist",[9]) es enthält daher im Gegensatze zu § 90 der preuß. Vormundschaftsordnung keine allgemeine Klausel, die das VG. ermächtigt, in allen Fällen eines nach seinem Ermessen vorhandenen tatsächlichen Schutzbedürfnisses eine Pflegschaft anzuordnen.[10]) Daraus ergibt sich, daß auch für die analoge Ausdehnung der auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs zulässigen Ergänzungspflegschaft kein Raum ist. Unzulässig ist z. B. die Bestellung eines Pflegers zur Vertretung eines Testamentsvollstreckers in Nachlaßangelegenheiten, an deren Besorgung dieser verhindert ist.[11]) [12]) Nach Endemann[13]) ergibt sich die Unzulässigkeit der analogen Ausdehnung nicht aus dem Gesetze. Die herrschende Meinung fuße allein auf den Motiven und der Denkschrift, das heiße den Willen des Gesetzgebers über den objektiven Inhalt seines Werkes stellen. Die von Endemann geltend gemachten Bedenken sind unbegründet, da die von ihm zur Begründung seiner Ansicht angeführten Pflegschaftsfälle unter § 1909 oder § 1910 Abs. 2 fallen,

---

[9]) Mot. S. 1252, Denkschr. S. 239. Über die in den Reichsspezialgesetzen (EG. Art. 32) und Landesgesetzen (EG. Art. 55 ff.) enthaltenen Pflegschaften vgl. Planck Vorbem. 2 Abs. 3 vor § 1909; Fuchs Vorbem. 6 vor § 1909. — Vgl. z. B. StPO. §§ 334 Abs. 2, 480.

[10]) Mot. S. 1252 f., über die Gründe s. daselbst S. 1253.

[11]) KG. v. 22. 9. 1902, Rechtspr. Bd. 6. S. 303 ff. = RJA. Bd. 3 S. 167 ff. = Jahrb. Bd. 26 A S. 20 ff. s. a. KG. v. 18. 4. 1900, Jahrb. Bd. 20 A S. 21 ff., insbesondere S. 24; KG. v. 29. 4. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 117; KG. v. 26. 9. 1907, Jahrb. Bd. 35 A S. 11 — Staudinger Vorbem. IV 2c vor § 1909; Planck Vorbem. 2 Abs. 2 vor § 1909; Neumann Vorbem. III, 2 vor § 1909.

[12]) Die Unzulässigkeit der Pflegerbestellung ergibt sich in diesem Falle auch bereits aus der höchstpersönlichen Natur des Testamentsvollstreckeramtes. Die Testamentsvollstreckung beruht auf dem Vertrauen des Erblassers zur Person des Vollstreckers. Die Auswahl eines Dritten zum Pfleger kann daher den Willen des Erblassers nicht ersetzen. Hat dieser für den Fall der Verhinderung des Testamentsvollstreckers keinen Ersatz vorgesehen, ist der letzte Wille des Erblassers insoweit unausführbar und die Auseinandersetzung durch die Erben selbst vorzunehmen. KG. v. 22. 9. 1902 a. a. O.

[13]) S. 850.

die Streitfrage sonach nur auf eine Abweichung in der rechtlichen Konstruktion hinausläuft.[14])

§ 1909 bezieht sich nur auf die in Abs. 1 Satz 1 genau bezeichneten physischen Personen, kann daher nicht auf juristische Personen ausgedehnt werden, falls deren Vertreter an der Besorgung von Angelegenheiten der juristischen Person verhindert ist. Mit Recht hat daher das Kammergericht[15]) den Antrag des alleinigen Vertreters einer Aktiengesellschaft — der zwecks Pfändung und Überweisung von Gesellschaftsforderungen (vor seiner Bestellung zum Vorstand) einen Vollstreckungsbefehl gegen die Gesellschaft erwirkt hatte — auf Bestellung eines Pflegers zur Vertretung der Gesellschaft in dem auf Pfändung und Überweisung gerichteten Verfahren als unzulässig zurückgewiesen.

§ 2.

Anhang: Die Unzulässigkeit der Pflegerbestellung für ein nach § 1591 eheliches Kind bei der Geltendmachung des Unterhaltsanspruches gegen den außerehelichen Erzeuger.

Im Zusammenhang mit dem vorstehenden Paragraphen darf anhangsweise auf folgenden Fall eingegangen werden, der dem Obersten Landesgericht München[16]) zur Nachprüfung vorlag, dessen Entscheidung von Josef[17]) einer eingehenden Kritik unterzogen worden ist: Eine Frau, deren Mann seit Jahren in einer Irrenanstalt untergebracht ist, verkehrt während dieser Zeit mit einem andern Manne geschlechtlich und gebiert wenige Monate nach dem Tode ihres Ehemannes ein Kind. Sie beantragt die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers zwecks gerichtlicher Geltendmachung des Unterhaltsanspruches gegen den unehelichen Vater. Auf ähn-

---

[14]) So Fuchs Vorbem. 2a E. vor § 1909.

[15]) Beschl. v. 16. 5. 1907, Jahrb. Bd. 34 A S. 53. (Es bedarf vielmehr eines Antrags auf vorläufige Bestellung von Vorstandsmitgliedern beim Registergericht (§ 29), KG. a. a. O. S. 55.) — vgl. auch die für den dem § 1909 entsprechenden § 90 der preuß. VormO. getroffenen E. d. KG. v. 15. 5. 1882, Jahrb. Bd. 3 S. 69 f.; v. 20. 9. 1897, Jahrb. Bd. 17 S. 31 ff., insbes. S. 34; v. 30. 1. 1899, Jahrb. Bd. 18 S. 46 ff.

[16]) Beschl. v. 30. 12. 1903, RJA. Bd. 4 S. 80 ff. = Rechtspr. Bd. 8 S. 345 ff.

[17]) DNotZ. Bd. 5 S. 337 ff.

lichen Voraussetzungen beruht auch der von Gerstel im „Recht" 1902 S. 98 zur Diskussion gestellte und von Breit daselbst S. 550 bis 552[18]) eingehend untersuchte Fall. Hier macht jedoch das durch seine Mutter vertretene Kind unter Berufung auf seine Unehelichkeit den Unterhaltsanspruch gegen den unehelichen Vater selbst geltend. Der Beklagte bemängelt unter Berufung auf die behauptete Unehelichkeit des Kindes die Vertretungsbefugnis der Mutter. Es ergeben sich die Fragen: zu Fall 1: Ist die beantragte Vormunds- bezw. Pflegerbestellung zulässig? zu Fall 2: Ist der Einwand des Beklagten beachtlich?

Die Ehelichkeit eines spätestens am 302. Tage nach dem Tode des Ehemannes geborenen Kindes hängt nach § 1591 Abs. 1 Satz 1 davon ab, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat, was nach § 1591 Abs. 2 Satz 1 vermutet wird. Diese Vermutung ist als praesumtio iuris gemäß § 292 ZPO. widerlegbar. Bei Lebzeiten des Mannes kann nur dieser die Beiwohnungsvermutung widerlegen durch Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes im Wege der Anfechtungsklage nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 1594—1596 mit der Wirkung, daß im Falle seines Obsiegens das Kind durch Urteil die allgemeine Rechtsstellung (§ 643 Satz 1 ZPO.) eines unehelichen Kindes erlangt und zu bevormunden ist (§§ 1707, 1773). Nach dem Tode des Mannes — vorausgesetzt, daß er sein Anfechtungsrecht nicht verloren hat — tritt an Stelle des Rechtes auf Anfechtung der Ehelichkeit das Recht eines jeden Dritten, dessen Rechte dadurch, daß das Kind als ein eheliches zu betrachten wäre, beeinträchtigt würden (z. B. Erbrechte ehelicher Kinder des verstorbenen Mannes),[19]) die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen (§ 1593). Diese

[18]) vgl. a. Staudinger § 1593, 8b.

[19]) Der Kreis der Berechtigten beschränkt sich nicht nur auf die Erben des Mannes; vgl. Staudinger § 1593, 2b und die daselbst zitierten Entscheidungen des OLG. Dresden und LG. Hamburg. Unrichtig Scherer S. 296 Nr. 518 vorletzter Absatz. — Ob auch der Schwängerer zu den Berechtigten gehört, ist bestritten. Dafür: Staudinger mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Ehelichkeitserklärung und ihre rechtlichen Folgen (§§ 1723, 1736); ebenso Planck § 1593, 3. Dagegen: KG. v. 18. 9. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 191; Dernburg § 67 Anm. 9; Josef a. a. O. S. 340 Anm. 7, mit der übereinstimmenden Begründung, der Schwängerer habe nur ein rein tatsächliches Interesse.

Geltendmachung erfolgt im Wege der gewöhnlichen Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) oder incidenter als Präjudizialpunkt bei Gelegenheit der Geltendmachung eines von der Unehelichkeit des Kindes abhängenden Anspruches — wie hier des Unterhaltsanspruches gegen den unehelichen Vater — oder der Bestreitung einer durch die Ehelichkeit des Kindes bedingten Verpflichtung (Mot. S. 663 Abs. 3 a. E.). Auch das Kind ist zur Geltendmachung seiner Unehelichkeit befugt, soweit es daraus — wie im vorliegenden Falle — Rechte ableiten will. Die in § 1591 aufgestellte Präsumtion der Ehelichkeit des Kindes kann sonach jetzt nicht mehr mit Rechtskraftwirkung gegen alle entkräftet werden, es kann ihm nicht mehr die allgemeine Rechtsstellung eines ehelichen Kindes entzogen werden. Aber auch während des Prozesses, in dem die Unehelichkeit des Kindes geltend gemacht wird, ist unter den Prozeßparteien das Kind, für dessen Ehelichkeit die gesetzlichen Vermutungen bestehen, ein eheliches, erst mit der Rechtskraft des Urteils, das die Vaterschaft des verstorbenen Ehemannes verneint, hört es auf, unbedingt, d. h. schlechthin allen gegenüber ein eheliches zu sein.[20] [21] Das Oberste Landesgericht ist dagegen der Ansicht, daß falls der Mann, ohne das Anfechtungsrecht verloren und ohne die rechtskräftige Feststellung der Unehelichkeit des Kindes erwirkt zu haben, gestorben ist, die Ehelichkeit des Kindes davon abhänge, ob die Beiwohnungsvermutung des § 1591 Abs. 2 zutreffe. Das Kind gelte jetzt bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unehelichkeit nicht mehr als ehelich, sondern es werde nur vermutet, daß es ehelich sei, es sei aber unehelich, wenn die Vermutung tatsächlich nicht zutreffe.[22] Auch Breit (a. a. O. S. 550 f.) steht auf diesem Standpunkt. Er sagt, da infolge der Inter-

---

[20] vgl. a. Dernburg § 66 VI; Josef a. a. O. S. 342; Gerstel a. a. O.; Staudinger § 1593, 2b δ.

[21] Daraus hat OLG. Darmstadt (Hess. Rechtspr. Bd. 1 S. 183) mit Recht gefolgert, daß, solange die Vermutung der Ehelichkeit durch rechtskräftiges Urteil nicht widerlegt sei, für die Anerkennung eines Dritten, er sei der Erzeuger des Kindes, kein Platz sei.

[22] Richtig dagegen OberstLG. v. 11. 3 1901, E. bayr. Bd. 2 S. 152 f.: die Kinder sind ehelich oder gelten doch vor dem Gesetz als ehelich (!), solange die Unehelichkeit nicht durch gerichtliche Entscheidung festgestellt ist.

nierung des Mannes die Voraussetzungen für die Beiwohnung nicht vorlägen, sei und bleibe das Kind ein uneheliches, nur müsse derjenige, der aus der Unehelichkeit des Kindes Rechte ableite, grundsätzlich den Beweis der Unehelichkeit führen, ohne sich auf Präjudizialprozesse berufen zu können. Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß die Beiwohnungsvermutung nach §§ 1591, 1592 so lange besteht, als sie nicht im Prozesse rechtskräftig widerlegt ist, mögen auch noch so viele Umstände dafür sprechen, daß eine Beiwohnung nicht stattgefunden hat.[23]) Das Kind bleibt also bis zur Rechtskraft des Urteils ein eheliches, so lange steht aber auch der Mutter die elterliche Gewalt allenthalben zu, sie muß sonach von jedem Dritten als gesetzliche Vertreterin des Kindes anerkannt werden.[24]) Im Rechtsstreit kann die Unehelichkeit des Kindes nur mit Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis, z. B. das bestrittene Erbrecht des Kindes oder den von ihm gegen seinen Erzeuger erhobenen Unterhaltsanspruch geltend gemacht werden. Das Urteil geht dann dahin, daß das Kind kein Erbrecht am Nachlasse des Ehemannes hat oder daß der Erzeuger dem Kinde Alimente zu zahlen hat. Nur dem Prozeßgegner gegenüber und nur mit Bezug auf das in Streit befangene Rechtsverhältnis wird das Kind unehelich, niemals aber erlangt es die allgemeine Stellung eines unehelichen Kindes,[25]) alles was sonst den status des Kindes als eines ehelichen anbelangt, bleibt unberührt. Den status des Kindes betrifft aber auch die Frage, wer der gesetzliche Vertreter des Kindes ist.[26]) Da der Mann im vorliegenden Falle nicht mehr lebt, bleibt gesetzliche Vertreterin des Kindes die Mutter.

Die Zulässigkeit einer Vormundsbestellung ist sonach zu verneinen. Als unrichtig muß auch die Ansicht des Obersten Landesgerichts bezeichnet werden, das VG. habe, falls ernstliche Zweifel darüber bestünden, ob die Beiwohnungsvermutung zutreffe, gemäß § 12 FGG. von Amts wegen Ermittlungen anzustellen und Beweise darüber zu erheben, ob ein Verkehr der Eheleute in der

---

[23]) Das war auch in dem dem OberstLG. vorliegenden Falle von den beiden Untergerichten richtig hervorgehoben worden (vgl. a. a. O. RJA. S. 81 oben).

[24]) Josef a. a. O. S. 340; Breit S. 551.

[25]) Josef S. 341 unten.

[26]) Gerstel a. a. O.

Empfängniszeit stattgefunden habe. Zur Entscheidung der Frage, ob die Beiwohnungsvermutung als widerlegt anzusehen sei, ist das BG. nicht berufen, das ist Sache des Prozeßgerichts.[27])

Wie steht es mit der Vertretung des Kindes in dem Prozesse, bedarf es der Bestellung eines Pflegers? Breit[28]) verneint die Vertretungsbefugnis der Mutter für den vorliegenden Prozeß; nur für Passivprozesse des Kindes, in denen dessen Unehelichkeit geltend gemacht wird, läßt er die Vertretungsbefugnis der Mutter zu. Im vorliegenden Falle zerstöre die Mutter durch die Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes selbst die Präsumtion, auf der ihre Vertretungsbefugnis beruhe, sie widerspreche mit dem gesamten übrigen Klaginhalt ihrer Behauptung, daß sie zur Vertretung des Kindes berechtigt sei. Es liege eine contradictio in rubro vor, die Klage sei perplex und von Amts wegen abzuweisen, da der Richter gemäß § 56 ZPO. den Mangel der Legitimation des gesetzlichen Vertreters einer Partei von Amts wegen zu berücksichtigen habe. Dem gegenüber ist folgendes zu bemerken: Gewiß erscheint die Klage, die die Mutter namens des Kindes anstrengt, in sich widerspruchsvoll: die Mutter beruft sich in einem Atemzuge auf die Ehelichkeit des Kindes, da diese die Voraussetzung ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht ist, und wiederum andrerseits auf die Unehelichkeit des Kindes, die doch die Voraussetzung des erhobenen Unterhaltsanspruchs ist. Indessen finden sich auch sonst im Prozesse ähnliche auffallende Erscheinungen, auf die Josef (a. a. O. S. 342 f.) hinweist und die er durch Beispiele erläutert. Wenn z. B. A eine offene Handelsgesellschaft verklage und die Klage dem von ihm als Gesellschafter bezeichneten B zustelle, müsse dieser vom Gericht gehört werden, um geltend zu machen, daß eine Gesellschaft gar nicht bestehe, um sonach seine Legitimation als Vertreter des beklagten Rechtssubjektes zu bestreiten. Auch hier müsse das Gericht einen Vertreter hören, der bestreite, Vertreter zu sein. Es soll nicht verkannt werden, daß diese Beispiele Josefs nur Passivprozesse betreffen. Für unsern Fall ist aber auch noch zu bedenken, daß das Kind selbst beim Obsiegen im Rechtsstreite gegenüber allen andern Personen außer dem Prozeß-

[27]) vgl. a. Josef a. a. O. S. 344; Breit a. a. O. S. 551.
[28]) a. a. O.

gegner — wenn auch seine wirklich vorhandene Unehelichkeit von jedermann jederzeit geltend gemacht werden kann — nach wie vor ehelich ist, also auch gegenüber der Mutter. Die elterliche Gewalt aber ist — wie Breit (a. a. O.) hervorhebt — einheitlich, sie ist entweder vorhanden oder nicht vorhanden und kann nicht gewissen Personen gegenüber existieren, andern gegenüber dagegen nicht. Staudinger löst den Widerspruch damit, daß er sagt,[29]) die Mutter wolle ja in der Klagschrift gar nicht behaupten, daß das Kind ihr eheliches Kind sei, sie bringe nur vor, daß das Kind vor dem Gesetz ehelich sei, woraus sie ihre Vertretungsbefugnis ableite, während sie im übrigen die Unehelichkeit geltend mache und Unterhalt vom unehelichen Vater fordere.

Breit, der für den, wie wir nun sagen können, nur scheinbaren Widerspruch keine Lösung findet und die Vertretungsbefugnis der Mutter verneint, erklärt — und darin ist ihm nur beizustimmen — die Bestellung eines Pflegers für unzulässig, da sie dem Gesetz (§ 1909) zuwiderlaufe. Die Richtigkeit der Breitschen Ansicht vom Ausschluß der Vertretungsbefugnis der Mutter unterstellt, ließe sich sagen, daß die Mutter zwar an sich zur Vertretung des Kindes berufen ist, aber mit Rücksicht auf den Gegensatz zwischen dem Rechtsgrunde ihrer Vertretungsbefugnis und dem Klaggrunde des Unterhaltsanspruches nicht in der Lage sei, den letzteren geltend zu machen; das wäre aber keine Verhinderung im Sinne von § 1909 Abs. 1 Satz 1. In Frage könnte nur eine rechtliche Verhinderung kommen (vgl. §§ 1630 Abs. 2 Satz 1, 1795, 1686), diese würde aber einen Gegensatz der Interessen von Mutter und Kind erfordern, der hier zweifellos nicht besteht. Auch für die von uns vertretene Ansicht ist die Zulässigkeit einer Pflegerbestellung abzulehnen: die Mutter als elterliche Gewalthaberin hat auch die Vertretung des Kindes in Rechtsstreitigkeiten, soweit sie nicht von der Vertretung ausgeschlossen ist (§§ 1630 Abs. 2 Satz 1, 1795, 1686). Aber keiner der dort erwähnten Ausschließungsgründe liegt vor, der Widerspruch des Klagvorbringens ist nur ein scheinbarer. — Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß die Vertretungsbefugnis im vorliegenden Falle der Mutter zusteht und es sonach der Bestellung eines Pflegers nicht bedarf.

[29]) § 1593, 8b.

II. Die Grenzen des gegenständlichen Anwendungsgebietes der Ergänzungspflegschaft.

§ 3.

Vorbemerkung.

Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 erstreckt sich die Ergänzungspflegschaft auf Angelegenheiten, an deren Besorgung der gesetzliche Vertreter verhindert ist. Es muß sich sonach um Angelegenheiten des Schutzbefohlenen handeln, deren Erledigung an sich, d. h. wenn nicht eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters vorläge, diesem zustünde. Wir haben demgemäß im folgenden den Wirkungskreis des gesetzlichen Vertreters festzulegen. Da aber die elterliche Gewalt und Vormundschaft die allgemeine Fürsorge des Schutzbefohlenen bezwecken, mithin der gesetzliche Vertreter die Vermutung für sich hat, allgemeiner Repräsentant des Schutzbefohlenen zu sein,[1]) wird unsere Feststellung sich vorwiegend nach der negativen Seite hin zu erstrecken haben, d. h. es sind die Angelegenheiten des Schutzbefohlenen namhaft zu machen, die nicht dem gesetzlichen Vertreter zustehen, sei es, daß sie statt dessen vom Schutzbefohlenen selbst oder von andrer Seite wahrzunehmen sind.

§ 4.

Die Selbständigkeit des Schutzbefohlenen.

Außerhalb des Machtbereiches des gesetzlichen Vertreters fallen zunächst die bereits in der Einleitung (Anm. 7) genannten höchstpersönlichen Rechtsgeschäfte, soweit sie nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen.[1]) Des weiteren sind in erster

[1]) Mot. S. 1044.

[1]) Bei den zustimmungsbedürftigen, höchstpersönlichen Rechtsgeschäften ist dagegen eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters von Belang. Will z. B. die

Linie zu nennen die Rechtsgeschäfte innerhalb eines vom Schutzbefohlenen mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters unter Genehmigung des VG. selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes (§ 112) und solche Rechtsgeschäfte, die sich aus einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis ergeben, das der Schutzbefohlene mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters eingegangen ist (§ 113), es sei denn, daß es sich um Rechtsgeschäfte[2]) handelt, zu deren Abschluß der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des VG. bedarf (§§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113 Abs. 1 Satz 2, 1643 [1686], 1812 ff., 1821 f.). Danach kommen für die Ergänzungspflegschaft im Gebiete des § 113 insbesondere Dienst- und Arbeitsverträge[3]) von mehr als einjähriger Dauer (§ 1822 Ziff. 6 u. 7)[4]) in Betracht, im Bereiche des § 112 Grundstücksverträge (§ 1821),[5]) Miet- und Pachtverträge,[6]) die auf den Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichteten Verträge sowie die zum Betriebe eines solchen eingegangenen Gesellschaftsverträge (§ 1822 Ziff. 3) und die zum gleichen Zwecke vorzunehmenden, in § 1822 Ziff. 8—11 aufgeführten

---

beschränkt geschäftsfähige Ehefrau mit ihrem Ehemanne die allgemeine Gütergemeinschaft oder den Ausschluß der Fortsetzung derselben vereinbaren, bedarf sie der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (§§ 1437 Abs. 2, 1508 Abs. 2). Da sich ein derartiger Ehevertrag auf das Vermögen der Ehefrau erstreckt, ist die Zustimmung Ausfluß des Rechts der Vermögensverwaltung. Steht die Ehefrau unter elterlicher Gewalt und verliert der Gewalthaber das Recht, das Vermögen seiner Tochter zu verwalten, z. B. weil er in Konkurs fällt (§ 1647), so bedarf es der Bestellung eines Pflegers zwecks Erteilung der Zustimmung zu dem Ehevertrage.

[2]) § 113 spricht unrichtig nur von Verträgen. Crome S. 370 Anm. 49; vgl. a. Staudinger § 113, 5b Abs. 2.

[3]) Lehrverträge fallen dagegen nicht unter § 113, denn ein Lehrverhältnis ist kein Arbeits- oder Dienstverhältnis (Cosack S. 192 oben sub III; Staudinger § 113, 4).

[4]) Dies gilt aber nur für den Vormund, der elterliche Gewalthaber bedarf nicht der Genehmigung des VG. (§ 1643 Abs. 1).

[5]) Für den Gewalthaber mit Ausnahme der in § 1821 Abs. 1 Ziff. 4 erwähnten Verträge (§ 1643 Abs. 1); vgl. a. Cosack S. 191 Beispiel 1 a. E.

[6]) Soweit sie den Schutzbefohlenen über das vollendete 22. Lebensjahr hinaus verpflichten. Kurzfristige Verträge, z. B. über Ermietung von Geschäftsräumen (§ 112), kann dagegen der Schutzbefohlene selbständig abschließen (vgl. a. Crome S. 369 Anm. 45; Cosack S. 190 f. Beisp. 1, die allerdings von Mietverträgen schlechthin sprechen).

Rechtsgeschäfte.[7]) Da der elterliche Gewalthaber wesentlich freier gestellt ist als der Vormund (s. oben S. 3 f.) und zu weit weniger Rechtsgeschäften als dieser der Genehmigung des VG. bedarf (§ 1643), ist der Kreis von Rechtsgeschäften, die das partiell geschäftsfähige Kind vornehmen kann, erheblich größer als der des Mündels. Daraus ergibt sich, daß im Umkreise der §§ 112, 113 die Bestellung eines Ergänzungspflegers beim Vorliegen eines elterlichen Gewaltverhältnisses weit weniger oft in Frage kommen wird als beim Vorhandensein einer Vormundschaft. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß das VG. dem Gewalthaber wie auch dem Vormunde hinsichtlich gewisser Rechtsgeschäfte eine generelle Ermächtigung erteilen kann (§§ 1643 Abs. 3, 1825), wodurch auch die Geschäftsfähigkeit des Mündels im Umkreise der §§ 112, 113 ebenso wie die des Kindes entsprechend erweitert und dementsprechend der Anlaß zur Anordnung einer Pflegschaft verringert wird.

Da der Schutzbefohlene gemäß § 52 Abs. 1 ZPO. im Umfange der ihm nach §§ 112, 113 zustehenden partiellen Geschäftsfähigkeit prozeßfähig ist, kann er auch insoweit selbständig prozessieren.[8]) Aus der partiellen Geschäftsfähigkeit ergibt sich auch das Recht des Schutzbefohlenen, im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit selbständig beim VG. Anträge zu stellen und Beschwerde einzulegen, soweit er damit die in §§ 112, 113 angegebenen Rechtsgeschäfte durchführen will.[9])

Was das Kind durch seine Arbeit[10]) oder den selbständigen

---

[7]) Der Schutzbefohlene ist hinsichtlich der von ihm im Umkreise der §§ 112, 113 vorzunehmenden Rechtsgeschäfte partiell geschäftsfähig, der gesetzliche Vertreter ist von der Vornahme der bezeichneten Rechtsgeschäfte ausgeschlossen (so Planck §§ 112, 113 je 1 a. E.; Staudinger § 112, 5 Abs. 3; Schefold, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 305 ff.). Die partielle Geschäftsfähigkeit wird geleugnet von Pfäfflin (Gruchot Bd. 48 1904 S. 12). Nach diesem sind die vom Schutzbefohlenen vorgenommenen Rechtsgeschäfte nur ebenso wirksam, als wenn sie vom gesetzlichen Vertreter vorgenommen wären. Ebenso unrichtig Crome S. 370 Abs. 2; Cosack S. 191 Beisp. 3. Die Ansicht vom konkurrierenden Vertretungsrecht des gesetzlichen Vertreters dürfte zu Kollisionen führen.

[8]) Schefold a. a. O. S. 305; Staudinger §§ 112, 7, 113, 9; Schneider, ZZP. Bd. 29 S. 123.

[9]) KG. v. 29. 1. 1909, Jahrb. Bd. 37 A S. 41; Aron, ZZP. Bd. 27 S. 340.

[10]) Zu beachten ist aber auch § 1617. Was das Kind im Hauswesen der Eltern oder deren Geschäfte durch Dienste erwirbt, erwirbt es dem Elternteil, der

Betrieb eines Erwerbsgeschäftes (§ 112) erwirbt, ist nach § 1651 freies, d. h. der Nutznießung des Gewalthabers nicht unterworfenes Vermögen des Kindes. Aber auch das freie Kindesvermögen untersteht grundsätzlich der Verwaltung des Gewalthabers. „Ein Rechtssatz, daß ein von einem Minderjährigen in seiner Stellung als partiell Großjähriger gemachter Erwerb wie der Erwerb eines Großjährigen zu behandeln sei, läßt sich nicht nachweisen. Es gehört insbesondere nicht zur Wirksamkeit eines vom geschäftsfähigen Minderjährigen vorgenommenen Rechtsgeschäftes, daß auch bei einem Erwerbe aus einem solchen Rechtsgeschäfte die Folgen der Minderjährigkeit ausgeschlossen sein sollen."[11]) Soweit jedoch der Schutzbefohlene über einen derartigen Erwerb aus einem Erwerbsgeschäfte im Umkreise der im § 112 bezeichneten Rechtsgeschäfte verfügt — wenn er z. B. den Geschäftsgewinn in seinem Geschäfte anlegt, etwa neue Warenvorräte anschafft oder ihn sonstwie in sein Geschäft „steckt" —, muß dieser Erwerb, weil er der Verfügungsmacht des Schutzbefohlenen unterliegt, der Verwaltungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters entzogen sein. Im Bereiche des § 113 kann der Schutzbefohlene den ihm geschuldeten Lohn stunden oder erlassen, soweit der Lohn jedoch vom Arbeits- oder Dienstherrn ausgezahlt ist, unterliegt er der Verwaltungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters. Denn bei der Verfügung über den empfangenen Lohn handelt es sich nicht mehr um die Erfüllung der sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Verpflichtungen.[12])

---

das Erziehungsrecht über das Kind ausübt, oder, falls die Dienstleistung auf der elterlichen Unterhaltsgewährung beruht, demjenigen, der das Kind unterhält. Überlassen dagegen die Eltern das Kind einem Dritten zu Diensten, so gehört der Erwerb dem Kinde, der Gewalthaber ist aber berechtigt, den Verdienst zum Unterhalte für das Kind zu verwenden, nicht dagegen darf er ihn für sich verbrauchen (OberstLG. v. 23. 2. 1902, E. bayr. Bd. 3 S. 46 ff.); vgl. a. Staudinger § 1617, 3, 6; Planck § 1617, 2; Knitschky S. 232; OLG. Kolmar v. 3. 5. 1907, R. 1907 S. 891 Nr. 2071; OberstLG. v. 17. 3. 1905, R. 1905 S. 251.

[11]) Schefold a. a. O. S. 312. Seine eingehenden Ausführungen über den scheinbaren Widerspruch zwischen Mot. Bd. 3 S. 773 und Prot. Bd. 5 S. 573 (Mitte) geben eine befriedigende Lösung.

[12]) So KG. v. 29. 1. 1909 a. a. O. S. 43. Vgl. a. Schefold a. a. O. S. 307 f. und die von ihm S. 308 gegebenen Beispiele; Planck § 113, 2; Staudinger §§ 112, 113 je 8; Dernburg S. 291 II, 4; Crome S. 370 (hinsichtlich

Damit haben wir den Kreis der Rechtsgeschäfte, die der Schutzbefohlene nach §§ 112, 113 vornehmen kann, umgrenzt. Es darf nun nicht gesagt werden, daß im Umkreis der §§ 112, 113 eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters überhaupt nicht in Frage kommen könne. Wie wir gesehen haben, besteht hinsichtlich des vom Schutzbefohlenen gemachten Erwerbes ein wenn auch event. beschränktes Verwaltungsrecht des gesetzlichen Vertreters. Verliert daher dieser das Recht, das Vermögen des Schutzbefohlenen zu verwalten, z. B. der Vater infolge Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (§ 1647), so ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers nötig, soweit nicht das Kind über den Erwerb in der oben angegebenen Weise verfügt und sonach für eine Verwaltungstätigkeit des Vaters überhaupt kein Raum wäre. Andrerseits hat auch die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters ihre Grenzen. Sie besteht nur insoweit, als der gesetzliche Vertreter, wenn er sie nicht erteilt hätte, das konkrete Rechtsgeschäft selbst für den Schutzbefohlenen vornehmen könnte. Denn die Ermächtigung wird erteilt auf Grund der Vertretungsbefugnis, insoweit diese ausgeschlossen ist (§§ 1795, 181), kann auch die Ermächtigung nicht erteilt werden.[13]) Wenn z. B. der Vormund sein Mündel ermächtigt, sich als Dienstboten zu verdingen, und das vom Mündel eingegangene Dienstverhältnis wird später gelöst, so kann jetzt nicht der Vormund sein Mündel selbst in Dienst nehmen und einen entsprechenden Vertrag mit ihm abschließen.[14]) Denn der Vormund wäre, wenn er keine Ermächtigung erteilt hätte, nicht in der Lage, einen derartigen Dienstvertrag als Dienstherr mit sich als Vormund abzuschließen (§ 181). Für § 112 lassen sich folgende Fälle denken: Der Minderjährige betreibt ein Klein-

---

des Arbeitslohnes); vgl. a. OLG. Kassel v. 12. 10. 1908, Rechtspr. Bd. 18 S. 275. Ein selbständiges Verfügungsrecht des Kindes über den bezeichneten Erwerb leugnet Pfäfflin a. a. O. S. 12. Zu weit geht andrerseits Endemann S. 606 Note 17, der kein Verwaltungsrecht des gesetzlichen Vertreters anzunehmen scheint, da dieses auf der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen und seiner mangelnden Geschäftsfähigkeit beruhe, hier aber der Minderjährige partiell geschäftsfähig sei. Demgegenüber ist auf Schefold S. 312 (vorstehende Note 11) hinzuweisen.

[13]) vgl. Endemann S. 597, 4 Abs. 2.

[14]) So mit Recht OLG. Königsberg v. 9. 3. 1909; Pos. MSchr. 1909 S. 78 f.

handelsgeschäft, der gesetzliche Vertreter ein Großhandelsgeschäft derselben Branche. Es liegt nahe, daß der Minderjährige seine Waren von seinem gesetzlichen Vertreter bezieht. Oder die Mutter des Minderjährigen, der ein Kolonialwarengeschäft betreibt, will bei ihrem Sohne ihre Einkäufe für den Haushalt machen, oder sich bei ihrer minderjährigen Tochter, die mit Ermächtigung ihres Vaters ein Putzgeschäft betreibt, einen Hut kaufen. Derartige Kaufverträge sind mit Rücksicht auf §§ 181 bezw. 1795 Abs. 1 Ziff. 1 (§ 1630 Abs. 2 Satz 1) unwirksam.[15]) Gewiß ein mit Rücksicht auf die Anschauungen des alltäglichen Lebens auffallendes Ergebnis. Derartige unwirksame Kaufverträge werden sicherlich zahlreich abgeschlossen. Von Bedeutung wird die Unwirksamkeit eines derartigen Vertrags, wenn der gesetzliche Vertreter z. B. den Kaufpreis für die dem Schutzbefohlenen gelieferten Waren einklagt, dann kann der dem Schutzbefohlenen für den Rechtsstreit zu bestellende Pfleger[16]) die Unwirksamkeit des Kaufvertrages geltend machen. Für derartige Verträge ist also die Bestellung eines Pflegers unumgänglich.

II. Nach § 59 FGG. hat der beschränkt geschäftsfähige über 14 Jahre alte Schutzbefohlene in allen seine Person betreffenden und solchen Angelegenheiten, bei denen er vor einer Entscheidung des VG. gehört werden soll (§ 1827), ein selbständiges Beschwerderecht. Eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters bezüglich der Erhebung der Beschwerde ist sonach belanglos. Ob sich aus § 59 FGG. auch ein selbständiges Antragsrecht des Schutzbefohlenen ergibt, ist bestritten. Die Frage wird bejaht von Jastrow (ZZP. Bd. 25 S. 154 f.): wer das Beschwerderecht habe, falls ein Antrag zurückgewiesen werde, müsse um so mehr das Recht haben, den Antrag zu stellen. Derselben Ansicht ist Dorner (§ 59, 2), das VG. habe unter den für das selbständige Beschwerderecht des Kindes geltenden Voraussetzungen auch selbständige Anträge und Vorstellungen des Kindes zuzulassen und zu verbescheiden. Einen Überblick über die verschiedenen Ansichten gibt Josef (DNotZ.

---

[15]) vgl. unten § 15 Anm. 5.

[16]) Ein solcher ist zu bestellen, denn konsequenterweise müssen wir nach dem Obigen die Prozeßfähigkeit des Minderjährigen für diesen Prozeß verneinen.

Bd. 4 [1904] S. 377), der sich Jastrow teilweise anschließt, in seinem Lehrbuche des Verfahrens (1906) § 59, 6 jedoch seine Ansicht dahin präzisiert, aus dem Beschwerderechte folge keineswegs, daß dem Minderjährigen ein selbständiges Antragsrecht zustehe, § 59 FGG. sei vielmehr als Ausnahmevorschrift nicht erweiternd auszulegen, ein selbständiges Antragsrecht bestehe für den Minderjährigen nur, soweit es ihm durch positive Gesetzesvorschrift beigelegt sei, oder ihm deshalb zukomme, weil es zur Durchführung einer ihm vom Gesetze beigelegten Fähigkeit (z. B. zur Eheschließung)[17]) erforderlich sei. Ebenso Breit (Zbl. Bd. 4 S. 478 f.) gegen Dorner. Die Ansicht Josefs und Breits erscheint uns als die richtigere. — Eine der von Josef gemeinten Gesetzesvorschriften, die dem Minderjährigen ein selbständiges Antragsrecht gegenüber dem VG. einräumen, enthält auch § 1612. Dieser bestimmt in Abs. 2 Satz 2, daß der unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende unverheiratete Minderjährige, dem die Eltern unterhaltspflichtig sind, befugt ist, die Abänderung der von den Eltern über die Art der Unterhaltsgewährung getroffenen Bestimmungen beim VG. selbständig zu beantragen.[18]) Planck[19]) billigt unter Berufung auf § 59 FGG. nur dem über 14 Jahre alten Kinde ein selbständiges Antragsrecht zu, während Neumann (§ 1612, 3c) aus § 59 FGG. e contrario schließt, daß das minderjährige Kind schlechthin von der selbständigen Stellung des Abänderungsantrags ausgeschlossen sei und es der Bestellung eines Pflegers bedürfe. Planck gegenüber ist auf die obenstehenden Ausführungen Josefs hinzuweisen, auch handelt es sich hier nicht um die Geltendmachung des Beschwerderechts im Sinne der §§ 19 ff., 57 ff. FGG. als eines Rechtsmittels gegen gerichtliche Verfügungen.[20]) Neumann legt die Vorschrift des § 1612 Abs. 2 Satz 2 unrichtig aus. Das Gesetz

---

[17]) Hierher gehört auch die partielle Geschäftsfähigkeit nach §§ 112, 113, vgl. oben.

[18]) Josef, DNotVZ. Bd. 4 S. 380; derselbe, Lehrb. S. 49 B; Staudinger § 1612, 2bβ; Dernburg § 70 Anm. 8; OLG. Hamburg v. 17. 2. 1900, Rechtspr. Bd. 2 S. 93; Denkschr. z. FGG. S. 51 (abgedruckt bei Dorner S. 290).

[19]) § 1612, 4; unrichtig a. Fischer-Henle § 1612, 6 a. E.

[20]) Dorner § 59, 2a; § 59 wäre erst anwendbar, wenn der Abänderungs-

spricht schlechthin von Kindern. Es muß sonach jedem Kinde ein selbständiges Antragsrecht zuerkannt werden, soweit dieses nicht infolge der Geschäftsunfähigkeit des Kindes ausgeschlossen ist.[21]) Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift gibt keinen Anhalt für Neumanns Ansicht: E. I § 1491 unterschied Unterhaltsberechtigte, die der Erziehungsgewalt der Unterhaltspflichtigen unterstehen (Abs. 4), und solche, bei denen dies nicht der Fall ist (Abs. 5). Der bei den Beratungen der 2. Kommission gestellte Abänderungsantrag, der dem Paragraphen die jetzige Fassung gegeben hat, stellte nicht auf das Erziehungsrecht ab, sondern behandelte alle unverheirateten Kinder gleich,[22]) also ohne Unterschied, ob sie volljährig oder minderjährig sind. Das OLG. Hamburg hat in der oben (Anm. 18) zitierten Entscheidung den Antrag des Minderjährigen auf Bestellung eines Ergänzungspflegers zwecks Stellung des Abänderungsantrages mit Recht abgelehnt: soweit der Minderjährige selbst tätig werden kann, ist im Falle der Verhinderung seines gesetzlichen Vertreters für die Anordnung einer Pflegschaft kein Bedürfnis vorhanden. Auf die Entscheidung des OLG. Hamburg stützt sich allerdings auch Planck, sie spricht von „Minorennen". Mit dem „Minorennen" gleichbedeutenden Ausdruck „Minderjährige" bezeichnet aber das Gesetz (vgl. §§ 3, 106 ff.) nur die über 7 Jahre alten Kinder, ohne in abstracto weitere Altersunterschiede zu machen.[23])

---

antrag vom VG. abgelehnt würde. Vgl. Schultze-Görlitz § 59, 2, 2; das Beschwerderecht ergibt sich in diesem Falle aber bereits aus dem Antragsrechte, ohne daß es eines Hinweises auf § 59 FGG. bedürfte, denn die Beschwerde ist nichts weiter als die Wiederholung des von dem VG. gestellten Antrags vor dem Beschwerdegericht in der durch die geänderte Sachlage gebotenen Form (Josef a. a. O. S. 380; derselbe, Lehrb. S. 82).

[21]) Josef a. a. O. S. 381.

[22]) Prot. bei Mugdan S. 957.

[23]) Planck § 2, 1; Hölder § 106: „Der Minderjährige ist in der Geschäftsfähigkeit beschränkt".

§ 5.

Der Einfluß der Eheschließung einer Schutzbefohlenen auf die rechtliche Stellung ihres gesetzlichen Vertreters.

Unsere Betrachtungen haben sich auch auf die rechtliche Stellung des gesetzlichen Vertreters einer verheirateten Minderjährigen zu erstrecken.

1. Es wird zunächst der Normalfall unterstellt, daß die Eheschließung mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der Minderjährigen erfolgt ist. Die elterliche Gewalt wird durch die Verheiratung einer minderjährigen Tochter grundsätzlich nicht aufgehoben. Die deutschrechtliche emancipatio Saxonica „Heirat macht mündig" ist vom Gesetze nicht aufgenommen worden.[1]) § 1633 beschränkt nur die Sorge des Gewalthabers für die Person seiner Tochter auf die Vertretung in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten.[2]) Diese Bestimmung wird wiederum teilweise durch die

---

[1]) vgl. a. Wieruszowski Bd. 1 S. 21; Haidlen Bd. 1 S. 12.

[2]) Es scheidet sonach auch aus § 1632 (actio de liberis exhibendis, Dig. XXX). Dieses Recht gehört zur persönlichen Fürsorge, seine Geltendmachung geschieht aber nicht in Vertretung des Kindes (Achilles § 1632, 1). Vgl. a. Mot. S. 753; Breit, Seufferts Bl. Bd. 73 S. 887; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 191 f. An Stelle des dem fürsorgeberechtigten Elternteile zustehenden Herausgabeanspruches treten die in § 1354 normierten Rechte des Ehemannes. — Dagegen verbleibt dem Gewalthaber das Recht, wegen der gegen die minderjährige Tochter begangenen Antragsdelikte Strafantrag zu stellen (§ 65 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 StGB.). Neben dieses Strafantragsrecht tritt ein gleiches des Ehemannes, wenn es sich um Beleidigungen und fahrlässige oder leichte vorsätzliche Körperverletzungen handelt (§§ 195, 232 Abs. 3 StGB.). Ist die Minderjährige über 18 Jahre alt, so ist sie selbständig zur Stellung des Strafantrags berechtigt (§ 65 Abs. 1 Satz 1). Es laufen hier also event. drei Strafantragsrechte nebeneinander her. Ob das Strafantragsrecht des Gewalthabers ein selbständiges im Sinne von § 414 StPO. ist, so daß er auch das Privatklagrecht im eigenen Namen geltend machen kann, ist bestritten. Dafür Löwenstein, DJZ. 1902 S. 364, JurW. 1905 S. 108 gegen KG. v. 4. 10. 1904 (Bl. f. Rpfl. 1904 Nr. 11); Franck § 65 III; Olshausen § 65, 9; Planck, EG. Art. 34, 3a unter Berufung auf die Verhandlungen der 2. Kommission. Planck schließt sich jedoch auch der Ansicht der 2. Kommission an, daß der Minderjährige, soweit er selbständig zur Stellung des Strafantrags berechtigt sei, zur Zurücknahme des vom gesetzlichen Vertreter gestellten Strafantrags, falls eine Zurücknahme nach den Strafgesetzen zulässig sei, als befugt angesehen werden müsse. Dagegen Liedtke, JurW. 1902 S. 537;

bereits in der Einleitung erwähnten Vorschriften der §§ 1336 Abs. 1, 1337 Abs. 3; ZPO. § 612 Abs. 1, wonach die beschränkt geschäftsfähige Ehefrau in gewissem Umfange als voll geschäftsfähig gilt, weiter eingeschränkt. Das Gleiche hat aber auch zu gelten hinsichtlich der Stellung der minderjährigen Frau in sonstigen aus ihrem Stande als Ehefrau resultierenden persönlichen Angelegenheiten, z. B. hinsichtlich der Wiederherstellung der mißbräuchlich beschränkten oder entzogenen Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2) und hinsichtlich des Ersatzes für die mißbräuchlich verweigerte Zustimmung des Mannes zu den von der Frau innerhalb des Kreises ihrer persönlichen Angelegenheiten vorgenommenen Rechtsgeschäften (§§ 1402, 1451) und den von ihr eingegangenen, sie zu persönlichen Leistungen verpflichtenden Verträgen (§ 1358, insbesondere Abs. 2 Satz 1). Hier gelten dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der Berechtigung zur Stellung des Abänderungsantrags im Sinne von § 1612 Abs. 2. Allerdings ergibt sich hier das selbständige Antragsrecht der minderjährigen Ehefrau nicht kraft positiver Gesetzesvorschrift, sondern aus der Natur der Sache: Kann die minderjährige Ehefrau infolge Eingehung der Ehe gewisse Rechtshandlungen selbständig vornehmen — und das ist der Fall, denn mit Eingehung der Ehe erlangt sie z. B. die Schlüsselgewalt und wird damit verpflichtet, für den Unterhalt der Familie zu sorgen —, so muß ihr hiermit zugleich die Fähigkeit gegeben sein, die zur Durchführung dieser Handlungen erforderlichen Anträge selbständig stellen zu können.[3]) Gestattet das Gesetz der Minderjährigen die Eingehung der Ehe, so berechtigt

---

Rheinstein, JurW. 1904 S. 136 (im Anschluß an Löwe, Komm. z. StPO. zu § 414 Abs. 2); RG. v. 19. 11. 1891, EStr. Bd. 22 S. 256. — Daß das Strafantragsrecht des Ehemannes selbständig ist, ist unbestritten. Vgl. RG. v. 9. 12. 1879, EStr. Bd. 1 S. 29; Olshausen § 195, 1 b.

[3]) So Josef a. a. O. S. 380; derselbe, Lehrb. S. 49 B, S. 131 (§ 59, 3); Breit, Zbl. Bd. 4 S. 478 f., der sich dagegen wendet, das Antragsrecht aus § 59 FGG. abzuleiten. Diesen Fehler begehen Achilles (§ 1357, 10) und Fischer-Henle (§§ 1357, 5, 1358, 4), die von Antrags- und Beschwerderecht „nach § 59 FGG." sprechen; auch Planck (§ 1633, 2 a. E.) leitet das selbständige Antragsrecht aus § 59 FGG. ab. — Für § 1358 Abs. 2 vgl. Strübe, Gruchot Bd. 48 S. 314 oben. — Vgl. a. Knitschky S. 167, insbesondere Anm. 2; Hörle, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 31 S. 114.

es sie hiermit auch stillschweigend, beim VG. den Antrag auf Erlaß der ihr Recht auf Schlüsselgewalt schützenden Anordnungen zu stellen.[4]) — Die tatsächliche Fürsorge für die Person der verheirateten minderjährigen Tochter scheidet aus den Befugnissen des elterlichen Gewalthabers aus.[5]) Sie steht mit Rücksicht auf das Wesen der Ehe beim Manne (vgl. § 1354).[6]) Hinsichtlich der Vermögensverwaltung enthält das Gesetz keine speziellen Vorschriften. Daraus ergibt sich jedoch nicht etwa, daß das Recht des elterlichen Gewalthabers zur Verwaltung des Vermögens seiner minderjährigen verheirateten Tochter bis zu deren Volljährigkeit bezw. Volljährigkeitserklärung fortdauert. Der Umfang des Verwaltungsrechts des elterlichen Gewalthabers ist vielmehr abhängig von dem Güterstande, in dem die Tochter mit ihrem Ehemanne lebt. Beim gesetzlichen Güterstande z. B. erstreckt sich die Verwaltungsbefugnis des Gewalthabers mit Rücksicht auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gute seiner Ehefrau nur auf das Vorbehaltsgut.[7])

---

[4]) So Josef, Zbl. Bd. 10 S. 372. Auch die Begründung Josefs, die Schlüsselgewalt stehe als ein Ausfluß der Ehe der Frau persönlich zu, nicht ihrem gesetzlichen Vertreter, ist annehmbar. Josef richtet sich a. a. O. besonders gegen Schneider, ZZP. Bd. 29 S. 121 f., der aus prozessualen Gründen ein Antrags- und Beschwerderecht verneint.

[5]) Es kommen daher besonders die in § 1631 normierten Erziehungsrechte des Gewalthabers in Wegfall.

[6]) vgl. auch Wieruszowski Bd. 1 S. 21; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 191 f.

[7]) Die volljährige Ehefrau hat vollkommen freies Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das Vorbehaltsgut und dessen Einkünfte (Lehmann § 173 S. 451; Wieruszowski Bd. 2 S. 280, 308, 326; Endemann S. 345; Hörle, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 31 S. 113; Kiefe, Württemb. ZRV. Bd. 1 S. 207 [daselbst S. 208 Übersicht über die umfangreiche Literatur]); vgl. a. Thiele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 S. 307 ff. — Ist die Frau minderjährig, so werden sonach die angedeuteten Rechte am Vorbehaltsgut durch ihren Gewalthaber ausgeübt. Soweit es sich aber um Vorbehaltsgut nach § 1367 (Erwerb aus Arbeit [außerhalb des Hauswesens und Geschäftes des Mannes, § 1356 Abs. 2] oder einem von der Frau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfte) handelt, gelten die oben S. 21 f. bei Besprechung der §§ 112, 113 im Anschluß an Schefold entwickelten Grundsätze. Man wird sonach auch der minderjährigen Ehefrau an dem Vorbehaltsgute nach § 1367 in gewissem Umfange ein Verfügungsrecht zuzubilligen haben, dadurch wird das Verwaltungsrecht des Gewalthabers beschränkt.

Hinsichtlich des eingebrachten Gutes würde eine Mitwirkung des elterlichen Gewalthabers nur dann in Frage kommen, wenn es sich um Erteilung einer Zustimmung handelt, die für die vom Ehemanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte etwa erforderlich ist (§§ 1375 ff.).[8]) Es ist hier nicht der Ort, die Untersuchung auf die andern Güterstände auszudehnen, bei der Gütertrennung (§§ 1426 ff.) wird naturgemäß das Verwaltungsrecht des Gewalthabers am umfangreichsten sein.

2. Hat die Minderjährige die Ehe ohne Einwilligung ihres Gewalthabers geschlossen, so tritt gemäß § 1364 die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes nicht ein, es besteht vielmehr gemäß § 1426 Abs. 1 Gütertrennung.[9]) Die Ehe hat sonach im allgemeinen[10]) keinen Einfluß auf das Vermögen der Minderjährigen, das Verwaltungsrecht des Gewalthabers am Vermögen seiner Tochter wird nicht beeinträchtigt. Hinsichtlich der persönlichen Fürsorge und der Vertretung der minderjährigen Tochter in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten gilt das unter 1. Ge-

---

[8]) Über die Ausgestaltung des ehemännlichen Verwaltungsrechtes vgl. Junghanns, Sächs. Arch. 1909 S. 188 ff.

[9]) Der Zweck der Vorschrift leuchtet ein. Eine ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossene Ehe ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (§§ 1331, 1336 Abs. 2 Satz 2). Es würde sonach mangels der Bestimmung des § 1364 gemäß § 1363 die Verwaltung und Nutznießung des Mannes eintreten, mithin die Gefahr vorhanden sein, daß ein gewissenloser Mann, der eine vermögende Minderjährige nur ihres Geldes wegen heiratet, das Vermögen seiner Frau durchbringt, ehe der Gewalthaber mit der Eheanfechtungsklage durchdringt oder Sicherheitsmaßregeln erwirkt; vgl. a. Mot. S. 164; Planck § 1364, 1.

[10]) Die nach §§ 1427 Abs. 2, 1429 geltenden Besonderheiten treffen aber auch in diesem Falle zu, denn nach § 1426 Abs. 2 gelten die §§ 1427—1431 für Gütertrennung schlechthin, gleichgültig aus welchem Grunde diese eintritt. Die Anwendbarkeit von § 1430 wird bestritten von Wierusz owski Bd. 2 S. 479 ff., dem sich Junghanns a. a. O. anschließt, dagegen bejaht von Planck (§ 1430, 6) und Staudinger (§ 1430, 2), falls die Überlassung des Vermögens seitens der Frau an den Mann zur Verwaltung mit Einwilligung des Gewalthabers erfolge und dieser zur Einwilligungserteilung befugt sei. Die Frage hat m. E. nur theoretischen Wert: Will der Gewalthaber, daß das Vermögen seiner Tochter von deren Ehemann verwaltet werde, so kann er ja seine Genehmigung zur Eheschließung erteilen (§ 1337), dann gilt nach allgemeinen Grundsätzen (§ 184 Abs. 1) die Ehe als von Anfang an mit Einwilligung des Gewalthabers geschlossen und tritt Verwaltungsgemeinschaft ein.

sagte: die elterliche Gewalt dauert nur in dem angegebenen Umfange fort, nicht etwa bleibt sie mit Rücksicht auf die mangelnde Einwilligung in vollem Umfange bestehen. Das kann mangels besonderer Bestimmungen nicht zweifelhaft sein und findet seine Erklärung darin, daß infolge der bloßen Anfechtbarkeit der Ehe die allgemeinen Wirkungen derselben eintreten, soweit nicht die mit § 1364 in Verbindung stehenden Bestimmungen entgegenstehen.[11])

Aus dem Gesagten ergibt sich, — und das sollte gezeigt werden — daß im Falle der Verheiratung einer minderjährigen Tochter die elterliche Gewalt wesentlich beschränkt ist. Sonach wird eine Verhinderung des Gewalthabers und damit der Anlaß zur Bestellung eines Pflegers in diesen Fällen nicht allzuhäufig sein. Eine Kollision und damit die Notwendigkeit einer Pflegschaft ist denkbar, wenn der Ehemann ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft dem Gewalthaber gegenüber vornehmen will. Dann ist der Gewalthaber an der Abgabe der Zustimmungserklärung verhindert.[12])

Das bezüglich der minderjährigen Tochter Gesagte gilt auch für minderjährige Mündel (§ 1800) und für die nach Eingehung der Ehe entmündigten volljährigen Frauen, insoweit auf die letzteren nach Art des Entmündigungsgrundes § 114 Anwendung findet. Hinsichtlich der Mündel[13]) ist aber zu beachten, daß der Ehemann nach §§ 1778 Abs. 3, 1900 Abs. 2 in erster Linie zur Vormundschaft berufen ist. Wird er zum Vormunde bestellt, so können sich aus seiner Doppelstellung als Vormund und Ehemann Verhinderungsgründe ergeben, insbesondere hinsichtlich der etwa nach § 1375 erforderlichen oder mit Rücksicht auf die ehemännliche Zustimmung.[14])

---

[11]) vgl. a. Mot. S. 164 Abs. 1 Mitte: „die Fortdauer der elterlichen Gewalt . . ."

[12]) nemo auctor in re sua. Das Nähere s. unten § 15.

[13]) Zu diesen gehört auch die minderjährige Ehefrau, die nach Eingehung der Ehe zur Waise wird.

[14]) Darüber s. unten § 15.

§ 6.

Die Vertretung des Schutzbefohlenen durch das Vormundschaftsgericht.

Für die Bestellung eines Ergänzungspflegers kommen ferner nicht in Betracht die Angelegenheiten des Schutzbefohlenen, bei deren Erledigung das VG. diesen zu vertreten hat. Wenn während der Dauer der elterlichen Gewalt der Gewalthaber das Vermögen des Kindes gefährdet (§ 1667) und das VG. dem Gewalthaber gemäß § 1668 die Leistung von Sicherheit auferlegt, wird die Mitwirkung des Kindes bei der Bestellung oder der auf Grund von § 1671 angeordneten Aufhebung, Minderung oder Erhöhung[1]) der Sicherheit durch die Anordnung des VG. ersetzt (§ 1672). Dasselbe gilt entsprechend für die Sicherheitsleistung durch den Vormund (§ 1844 Abs. 2). Zu diesen Bestimmungen haben Zweckmäßigkeitsgründe geführt. An sich wäre, wie unten § 15 auszuführen ist, gemäß §§ 1795 Abs. 2, 181, 1630 Abs. 2 Satz 1, 1909 Abs. 1 Satz 1 ein Pfleger zu bestellen, es ist jedoch oft Eile geboten, und der Zweck der Sicherheitsleistung würde durch das zeitraubende Verfahren der Pflegerbestellung verfehlt.[2]) Das VG. hat auch dann für den Schutzbefohlenen tätig zu werden, wenn die Sicherheit durch Bestellung einer Hypothek erfolgen soll.[3]) § 54 FGG. ermächtigt ausdrücklich das VG., falls die Voraussetzungen zur Sicherheitsleistung seitens des Vormunds vorliegen, das Grundbuchamt um Eintragung einer Sicherungshypothek an Grundstücken des Vormundes für das Mündel zu ersuchen. Die Hypothek entsteht mit der Eintragung (a. a. O. Abs. 1 Satz 3). Hinsichtlich des Gewalthabers fehlt eine entsprechende Bestimmung. — Für die vertragsmäßige Sicherheitsbestellung seitens des gesetzlichen Vertreters gelten dagegen die unten § 15 zu entwickelnden allgemeinen Grundsätze.

---

[1]) Die Auslassung der Worte „Erhöhung oder Minderung" in § 1672 beruht auf einem Redaktionsversehen; das ergibt sich auch aus § 1844 Abs. 2; vgl. Staudinger § 1672, 2d.

[2]) Mot. S. 1162, 815 Abs. 2; d'Alleux, Diss. S. 19.

[3]) OberstLG. v. 14. 12. 1900, E. bayr. Bd. 1 S. 706 Abs. 2

In diesem Zusammenhange sind auch die sonstigen Fälle zu erörtern, in denen das VG. als staatliches Aufsichtsorgan einzugreifen hat, um die Interessen des Schutzbefohlenen gegenüber dem gesetzlichen Vertreter wahrzunehmen, und in denen die zu treffende Maßregel oft in der Bestellung eines Pflegers liegen wird.[4]) Es ergibt sich die Frage, ob bereits in einem derartigen Verfahren, das sich gegen den gesetzlichen Vertreter richtet, die Bestellung eines Pflegers erforderlich ist. In Betracht kommen die Fälle, in denen das VG. auf Grund der §§ 1635, 1636, 1666, 1667, 1670 (1740, 1760 Abs. 2) im Interesse des Kindes einschreitet. Diese Fälle umfassen:

1. Die Regelung der Sorge für die Person des Kindes nach erfolgter Ehescheidung (§ 1635 Abs. 1 Satz 2). Der Ehescheidung steht gemäß § 1586 die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (§ 1575) gleich. Bei bloßem Getrenntleben der Eltern ist dagegen ein Einschreiten des VG. nur unter den Voraussetzungen von § 1666 zulässig;[5])
2. die Regelung des Verkehrs zwischen dem von der persönlichen Fürsorge für das Kind ausgeschlossenen Elternteil und dem Kinde (§ 1636);
3. die Maßregeln, die zu treffen sind bei der Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes durch den Gewalthaber, insbesondere die Unterbringung des Kindes in einer geeigneten Familie oder Anstalt bezw. Besserungsanstalt zum Zwecke der Erziehung, die Entziehung der Vermögensverwaltung und Nutznießung im Falle der Unterhaltsgefährdung seitens des Gewalthabers (§ 1666);
4. die im Falle der Vermögensgefährdung zu treffenden Maßnahmen (§ 1667), event. Entziehung der Vermögensverwaltung (§ 1670).

Es ist vorwiegend in der Praxis die Ansicht vertreten worden, daß in allen diesen Fällen schlechthin auch bereits in dem vom VG. einzuleitenden Verfahren die Bestellung eines

---

[4]) vgl. unten § 15.

[5]) KG. v. 12. 2. 1900, Jahrb. Bd. 19 S. 59; s. a. Josef, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 351 Anm. 1 und die daselbst zitierten Entscheidungen der OLG. Dresden und Stuttgart.

Pflegers erforderlich sei. Dies betrifft insbesondere die Fälle, in denen die anzuordnenden Maßnahmen die persönlichen Verhältnisse des Kindes berühren (§§ 1635, 1636, 1666 Abs. 1 u. 2). Begründet wird die Ansicht damit, in einem Erziehungsstreite der Eltern des Kindes oder bei Entscheidung der Frage, ob die Zwangserziehung anzuordnen sei, würden durch die vom VG. zu treffenden Maßnahmen die Interessen des Kindes in derart hohem Maße betroffen, ja sie seien für die zu treffende Entscheidung überhaupt ausschlaggebend, so daß es einer Vertretung des Kindes im Verfahren bedürfe. Der Inhaber der elterlichen Gewalt vertrete aber in dem Verfahren dem Kinde entgegengesetzte Interessen, so z. B. im Erziehungsstreite der Eltern oder in dem auf Entziehung der Fürsorge wegen Mißbrauchs des Personenfürsorgerechts nach § 1666 gerichteten Verfahren. Es bedürfe daher der Bestellung eines unparteiischen Dritten zum Pfleger für das Kind zwecks Wahrung von dessen Rechten, sei es in dem Erziehungsstreite der Eltern diesen gegenüber, sei es gegenüber dem elterlichen Gewalthaber, gegen den sich die vom VG. zu treffenden Maßnahmen richten. Dieser Pfleger habe sich über die Sachlage genau zu informieren, er sei vor der Entscheidung des VG. unbedingt zu hören.[6]) Das VG. sei gar nicht in der Lage, alle Verhältnisse aufzuklären, da es sich bei seinen Erörterungen in der Hauptsache auf Mitteilungen dritter Personen verlassen müsse.[7]) Es sei auch an solche Fälle zu denken, in denen die Kinder gegen irrige und fehlerhafte Entscheidungen des VG. des Schutzes bedürften, dieses Schutzes aber vielleicht deshalb entbehrten, weil der unterliegende Elternteil die Anfechtung der betreffenden Entscheidung des VG. unterlasse. In einem derartigen Falle dem Kinde Schutz zu gewähren, sei nur ein Pfleger in der Lage.[8])

---

[6]) KG. v. 6. 6. 1900, Zbl. Bd. 1 S. 319.

[7]) Die Ausführungen sind insbesondere den Entscheidungen des OLG. Dresden entnommen: v. 5. 7. 1901, Rechtspr. Bd. 4 S. 104; v. 21. 8. 1902, daselbst Bd. 6 S. 61 (je zu § 1666); v. 1. 2. 1901, Zbl. Bd. 2 S. 194; v. 16. 11. 1900, Sächs. Ann. Bd. 22 S. 185 (je zu § 1635); s. a. OLG. Rostock v. 26. 9. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 298 (zu § 1636); OLG. Braunschweig v. 12. 4. 1901, ZRpflBr. 1901 S. 76 (zu § 1635). Einen Überblick über die Judikatur bis Anfang 1902 gibt Schiffer, DJZ. 1902 S. 238.

Diese Ansicht hat namentlich auch das Kammergericht in bewußter Anlehnung an das frühere preußische Recht (ALR. II, 2 §§ 74 ff., 90 ff., 266)[9] lange Zeit vertreten[10][11] und nur für dringende Fälle die Anordnung vorläufiger Maßnahmen durch das VG. für zulässig erklärt, während vor endgültiger Regelung stets ein Pfleger zu bestellen sei.[12] Der Judikatur, insbesondere dem Kammergericht haben sich in der Literatur u. a. angeschlossen Dernburg,[13] Meisner,[14] — beide auch hinsichtlich der Anordnung vorläufiger Maßnahmen ohne Pflegerbestellung — Knitschky,[15] Kuhlenbeck[16] und Schultzenstein-Köhne.[17]

---

[8]) OLG. Dresden v. 1. 3. 1901, Zbl. Bd. 2 S. 146 (zu § 1635).

[9]) Für dieses vgl. z. B. KG. v. 1. 6. 1896, Jahrb. Bd. 16 S. 52. In dieser Entscheidung wird allerdings die Pflegerbestellung noch nicht als unbedingt erforderlich, sondern nur als die Regel bezeichnet. Dieser Grundsatz wird jedoch in späteren Entscheidungen dahin verschärft, daß die Bestellung eines Pflegers nicht bloß regelmäßig, sondern stets und unbedingt erforderlich sei. So a. Schiffer a. a. O. S. 237 letzter Absatz.

[10]) KG. v. 12. 2. 1900, Jahrb. Bd. 19 S. 59 (zu § 1666), wo ausdrücklich auf das frühere Recht Bezug genommen wird, v. 12. 3. 1900, Jahrb. Bd. 20 A S. 19 (zu § 1635), wo auf das in §§ 92 ff. II, 2 ALR. geordnete Erziehungsstreitverfahren, das in § 98 ausdrücklich die Bestellung eines Pflegers vorschreibe, hingewiesen wird.

[11]) KG. v. 12. 3. 1900 a. a. O.; v. 6. 6. 1900, Zbl. Bd. 1 S. 86; v. 11. 7. 1900, Rechtspr. Bd. 1 S. 475; v. 7. 1. 1901, RJA. Bd. 2 S. 3 (je zu § 1635); v. 15. 4. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 1; v. 11. 11. 1901, Rechtspr. Bd. 4 S. 112 (je zu § 1666); v. 9. 12. 1901, Jahrb. Bd. 24 A S. 27 (zu §§ 1635, 1636); v. 9. 11. 1903, Rechtspr. Bd. 8 S. 350 (zu § 1666).

[12]) KG. v. 7. 1. 1901 a. a. O.

[13]) § 74 Anm. 26 u. 27; für den Erziehungsstreit (§§ 1635, 1636) (unter Bezugnahme auf den Beschluß des OLG. Dresden v. 21. 8. 1902), und wenn es sich um die Anordnung der Zwangserziehung nach § 1666 Abs. 1 handle, das Gehör eines Pflegers müsse der Entscheidung des VG. unbedingt vorausgehen. Die Pflegerbestellung sei eine im allgemeinen Interesse erforderte Garantiemaßregel; auch dem tüchtigsten Vormundschaftsrichter gegenüber könne keine Ausnahme gemacht werden.

[14]) §§ 1635, 2 Abs. 3, 1636, 1666, 1 d.

[15]) S. 217 oben: Bei der Durchführung der Zwangserziehungsmaßregeln sei das VG. auf die Mitwirkung eines Pflegers angewiesen, und bei der Unterbringung in einer Familie werde diesem stets das Aufsuchen geeigneter Persönlichkeiten und die Verhandlung mit ihnen überlassen werden müssen.

[16]) §§ 1635, 2, 1666 S. 635 unten.

[17]) S. 295 unten; für den Erziehungsstreit unter Eltern bezw. früheren Ehe-

Die im vorstehenden wiedergegebene Ansicht verkennt die Natur des in derartigen Fällen eintretenden Gerichtsverfahrens. Es handelt sich hier nicht um privatrechtliche Streitigkeiten zwischen dem elterlichen Gewalthaber und dem Kinde als Parteien[18]) oder im Erziehungsstreite der Eltern „um einen Prozeß der Eltern mit Rechtskraftwirkung gegen die Kinder",[19]) sondern um Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Für die Subsumierung einer Angelegenheit unter das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist es — wie Schultze-Görlitz (§ 1, 1b) wörtlich hervorhebt — nicht durchweg von ausschlaggebender Bedeutung, ob der Gegenstand dieser Angelegenheit außerhalb eines streitigen Rechtsverhältnisses liegt. Auch streitige Angelegenheiten[20]) seien vom Gesetz als solche der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausdrücklich anerkannt worden, so z. B. Zwistigkeiten über die Art der Erziehung zwischen Eltern und Kindern oder Streitigkeiten der Eheleute wegen Beschränkung der Schlüsselgewalt. Ebenso betont Dorner (§ 1, 2, S. 6 Abs. 2) treffend: durch das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Nebengesetze sei der Umfang der freiwilligen Gerichtsbarkeit ganz erheblich erweitert und insbesondere die Zuständigkeit des VG. wesentlich erhöht worden. Diesem sei eine Reihe von wichtigeren Geschäften übertragen worden (so z. B. in bezug auf die Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern oder unter Ehegatten), die nach den meisten bisherigen Gesetzen nur im ordentlichen Rechtsweg hätten erledigt werden können. Diese Erweiterung der Befugnisse des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat ihren guten Grund. Hier handelt es sich — wie Unger (ZZP. 1905 Bd. 34 S. 276) es ausdrückt — um die Ordnung von Rechtsverhältnissen, bei denen die tatsächlichen Verhältnisse der einzelnen denkbaren Fälle von unübersehbarer Vielgestaltigkeit und die in

leuten (§§ 1635, 1636), für das Verfahren nach §§ 1666 Abs. 1 u. 1667 verneint Schultzenstein-Köhne das Erfordernis einer Pflegschaft im Verfahren.

[18]) Josef, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 352.

[19]) So treffend Lobes Notiz zu dem Beschl. des OLG. Dresden v. 1. 3. 1900 im Zbl. Bd. 2 S. 146.

[20]) Das ist auch in den Vorarbeiten zum FGG. mehrfach hervorgehoben; vgl. Denkschr. S. 36; Komm.-Ber. S. 28; vgl. a. Begründung zu Art. 9—14 preuß. FGG., je abgedruckt bei Josef, Zbl. Bd. 10 S. 366, auf dessen Ausführungen verwiesen wird.

Betracht zu nehmenden Beziehungen meistens so zart und empfindlich sind, daß eine Regelung dieser Verhältnisse durch allgemeine gesetzliche Vorschriften in bestimmten, eine sichere Subsumtion der einzelnen Fälle unter das Gesetz ermöglichenden Ausdrücken nicht tunlich oder doch nicht heilsam erscheint, vielmehr die Regelung des einzelnen Verhältnisses lediglich der verständigen und sorgfältigen Abwägung aller für den einzelnen Fall in Betracht kommenden tatsächlichen Momente überlassen werden muß.[21]) — Dieser Aufgabe könnte aber der Richter nicht gerecht werden, wenn er an die Vorschriften des streitigen Zivilverfahrens gebunden wäre. Von dieser Erwägung hat sich auch die Mehrheit der 2. Kommission bei Beratung des § 1546 E. I = § 1666 BGB. leiten lassen. Zu diesem Paragraphen lagen eine Reihe von Anträgen vor, insbesondere auch ein Antrag (Nr. 4), der u. a. dahin lautete[22]):

Der Vorschrift des § 1546 als Abs. 2 hinzuzufügen:

> „Sofern in den im Abs. 1 bezeichneten Fällen das Interesse des Kindes es erfordert, kann dem Inhaber der elterlichen Gewalt dieselbe durch gerichtliches Urteil ganz oder teilweise entzogen werden. Zur Erhebung der Klage ist der Pfleger des Kindes oder der Staatsanwalt befugt.
>
> Die anderweite Unterbringung des Kindes zum Zwecke der Erziehung (in einer geeigneten Familie oder einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt) ist auch im Wege der einstweiligen Verfügung zulässig"

oder event.:

> „Die Beschlüsse des VG., soweit sie die im Abs. 1 bezeichnete anderweite Unterbringung des Kindes zum Zwecke der Erziehung oder die gänzliche oder teilweise Entziehung der elterlichen Gewalt betreffen, können im Wege der Klage angefochten werden".

Die Kommission lehnte den Antrag mit folgender Begründung

---

[21]) Das Verfahren der fr. G. hat auch den Vorzug der rascheren Erledigung; vgl. Prot. S. 32 Abs. 2.

[22]) Prot. bei Mugdan S. 987.

ab[23]): Der Antrag stelle das Recht der Eltern, ihre Kinder zu erziehen, in den Vordergrund. Der modernen sozialen Anschauung entspreche es aber mehr, die elterliche Gewalt als eine mit der Vormundschaft parallel laufende Schutzgewalt aufzufassen, die wesentlich im Interesse des Kindes bestehe und wegfallen müsse, sobald das Interesse des Kindes es erfordere. In den Fällen des § 1546 liege der Schwerpunkt der Entscheidung mithin nicht in der Frage, ob die Eltern in ihren Rechten beschränkt werden sollten, sondern vielmehr in der Frage, ob ein Grund vorliege, eine besondere Fürsorge für das Kind zu übernehmen. Die Beantwortung dieser Frage richte sich im wesentlichen nach Zweckmäßigkeitsgründen, sie sei deshalb weit eher möglich auf Grund einer freien, durch formale Beweisregeln nicht gebundenen Prüfung des Vormundschaftsrichters als innerhalb des Rahmens des ordentlichen Zivilprozesses, der vermöge seines auf die streitige Gerichtsbarkeit berechneten Apparates für die vorliegenden Fälle viel zu schwerfällig sei. Die Minderheit gebe selbst zu, daß es zweckmäßig sei, bei den Entscheidungen über die Beschränkung der elterlichen Gewalt von den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime abzuweichen und ähnlich wie in Ehesachen ein Offizialverfahren einzuführen. Das beweise gerade, daß man es hier mit Fragen zu tun habe, für die der ordentliche Zivilprozeß nicht das geeignete Verfahren bilde. Die Erwägungen, die gegen den prinzipalen Antrag sprächen, ließen sich aber auch gegen den eventuellen Antrag geltend machen. Das geordnete Beschwerdeverfahren biete eine genügende Gewähr für eine gründliche und gewissenhafte Abwägung der im Falle des § 1546 zu treffenden Entscheidung.

Auch in den Motiven zu § 1456 E. I = § 1635 BGB. ist die Zuständigkeit des VG. durch Berufung auf den Zweck des nach diesem Paragraphen einzuschlagenden Verfahrens begründet. Es heißt da[24]): „Wenn schon die Zuständigkeit des Prozeßgerichts sich von dem Gesichtspunkt aus rechtfertigen läßt, daß es sich hier

---

[23]) Mugdan S. 995.

[24]) Mot. S. 626 Abs. 2.

zunächst um eine Verteilung des den Eltern bisher gemeinschaftlich zustehenden Rechtes unter die Eltern und um einen privatrechtlichen Streit über die Rechte derselben untereinander handelt und ein Prozeßverfahren größere Garantien für die Ermittlung und Feststellung der für die Entscheidung maßgebenden Verhältnisse gewährt, so fällt doch gegen eine derartige Regelung entscheidend ins Gewicht, daß bei der Beurteilung der Frage, ob eine von den Regeln des § 1456 (= § 1635 BGB.) Abs. 1 Satz 2 abweichende Anordnung geboten ist, allein der Gesichtspunkt *des Interesses des Kindes* den Ausschlag zu geben hat".

Es handelt sich sonach — und das führt uns zur Betrachtung des in den Fällen der §§ 1635, 1636, 1666 einzuschlagenden Verfahrens selbst — um ein Verfahren, in dem seitens des Gerichts im allgemeinen Staatsinteresse[25]) in erster Linie[26]) die Interessen des Kindes wahrzunehmen sind. Dies zeigt sich besonders darin, daß das VG. in den uns hier allein interessierenden Fällen — auch wenn es sich um das Erziehungsstreitverfahren (§§ 1635, 1636) handelt — auch ohne Antrag eines der Ehegatten tätig werden kann, wenn schon regelmäßig im letzteren Falle zu diesem Verfahren ein Streit der Eltern über die Erziehung Anlaß geben wird und widersprechende Anträge der Eltern vorliegen werden.[27])

---

[25]) *Schultze-Görlitz* § 1, 1a, der darauf hinweist, daß hier auch ethische Momente mitsprechen.

[26]) Daß insbesondere § 1636 nicht nur im Interesse des Kindes erlassen ist, sondern bei Anwendung dieser Vorschrift auch auf die Rechte der Eltern, insbesondere des von der Personenfürsorge ausgeschlossenen Elternteils Rücksicht zu nehmen ist, soll nicht verkannt werden. Mit Recht hebt OLG. Jena im Beschluß v. 23. 1. 1909 (im Auszuge mitgeteilt im Zbl. Bd. 10 S. 413 Nr. 361) hervor, daß die vom VG. aus § 1636 zu treffenden Maßnahmen die Rechte des von der Personenfürsorge ausgeschlossenen Elternteils nicht weiter verkümmern dürften, als die Interessen des Kindes und des anderen Ehegatten es erfordern, da hier nicht allein die Interessen des Kindes, sondern auch die des schuldigen Ehegatten zu berücksichtigen seien. Vgl. a. Mot. S. 627 Abs. 2 a. E. (zu §§ 1635, 1636). Zu weit geht andrerseits das KG. (Beschl. v. 15. 10. 1908, RJA. Bd. 10 S. 6 unten), nach dem die Bestimmung des § 1636 nicht im öffentlichen Interesse des Schutzes des Kindes, sondern zur Wahrung der Rechte der Eltern erlassen sein soll.

[27]) *Josef*, Lehrb. S. 40 B; ders., Zbl. Bd. 10 S. 362 und Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 353. Hiernach scheiden sich nach *Josef* die von uns hier betrachteten Fälle von den übrigen Streitfällen der frG., den Streitigkeiten der Eheleute über

Es handelt sich aber nicht um einen Rechtsstreit der Eltern, noch weniger um einen solchen zwischen Eltern einerseits und dem Kinde andrerseits, sondern um eine amtswegige Verwaltungstätigkeit des Gerichts[28]) zugunsten des Kindes. Das Kind ist Objekt gerichtlichen Schutzes und nicht beteiligt am Verfahren, daher ist auch zur Ausübung prozessualer Verrichtungen für das Kind kein Raum. Erfüllt das Gericht durch Wahrnehmung der Rechte eine Pflicht in Verwaltung freiwilliger Gerichtsbarkeit, so bedarf es einer besonderen Vertretung desjenigen, zu dessen Gunsten die Behörde tätig wird, ebensowenig wie sonst in der staatlichen Verwaltung.[29]) Daß das Kind Gegenstand amtlicher Fürsorge ist, ergibt sich auch aus der ganzen Struktur des Verfahrens: § 1675: Anzeigepflicht des Gemeindewaisenrats; § 1673: Gehör des Vaters vor der Entscheidung, wenn nicht untunlich, Gehör der Mutter und anderer Verwandten und Verschwägerten des Kindes, wenn ohne erhebliche Verzögerung und unverhältnismäßig hohe Kosten möglich; §§ 12—15 FGG.: Feststellung der Tatsachen, Erhebung der Beweise von Amts wegen,[30]) Vertretung der Beteiligten

---

die Schlüsselgewalt und über die Ersetzung der verweigerten Zustimmung (vgl. oben) sowie den Streitigkeiten nach § 1612 Abs. 2 und den zwischen Gesellschaftern. Die letztgenannten Fälle nennt Josef Fälle echten Streitverfahrens, die begrifflich bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne von § 3 EG. z. ZPO. und § 13 GVG. seien. Hier könne das Gericht lediglich auf Antrag tätig werden, der Antrag sei sonach materielle Voraussetzung für das Einschreiten des Gerichts und bestimme den Umfang der gerichtlichen Tätigkeit, die beim Wegfall des Antrags zu beendigen sei. Hier stünden sich auch begriffsnotwendig mehrere mit entgegengesetzten Anträgen Beteiligte gegenüber. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 350; Zbl. Bd. 10 S. 363 ff.; Lehrb. a. a. O.

[28]) Daß die Tätigkeit des Gerichts der frG. den Charakter eines Verwaltungsverfahrens hat, ist mehrfach hervorgehoben; vgl. RG. v. 22. 5. 1880, E. 2 Nr. 63, wo das Verfahren nach Art. 37 Abs. 1 = § 45 Abs. 1 HGB. als ein wesentlich im öffentlichen Interesse verordnetes Administrativverfahren bezeichnet wird; vgl. a. Schneider, ZZPr. Bd. 29 S. 120; RG. v. 6. 6. 1882, JurW. 1882 S. 174; RG. v. 22. 1. 1905, Gruchot Bd. 50 S. 1004; Berndt, Gruchot Bd. 38 S. 604; Pitel, Zbl. Bd. 5 S. 243: „Das Vormundschaftsrecht gehört der Hauptsache nach zum Verwaltungsrecht"; Josef, R. 1910 S. 127 ff.

[29]) LG. Dresden v. 2. 10. 1900, Zbl. Bd. 1 S. 702 ff.; Josef, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 353.

[30]) Der Richter ist sonach in allen Fällen bei der Ermittlung des Sachverhaltes von den Anträgen der Beteiligten unabhängig und bewirkt alle Maßnahmen,

durch Beistände und Rechtsanwälte; vgl. a. § 630 ZPO., wonach das Prozeßgericht nach Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils dem VG. Mitteilung zu machen hat, falls ein gemeinschaftliches minderjähriges Kind vorhanden ist.[31]) Auch das Bedenken, daß das Kind gegen unrichtige Anordnungen des VG. schutzlos sei, ist unbegründet, da — abgesehen von dem bereits erwähnten selbständigen Beschwerderecht des über 14 Jahre alten Kindes in allen persönlichen Angelegenheiten (§ 59 FGG.) — nach §§ 57 Ziff. 8 u. 9, 63 FGG. den Verwandten und Verschwägerten des Kindes sowie jedem, der ein berechtigtes Interesse daran hat, die betreffende Angelegenheit des Kindes wahrzunehmen, gegen Entscheidungen, durch die die Anordnung einer der in §§ 1665—1667 vorgesehenen Maßregeln abgelehnt oder eine solche Maßregel aufgehoben wird, ein Beschwerderecht zusteht. Nachdem das Reichsgericht, das, nachdem das Oberste Landesgericht München[32]) von der bisherigen Praxis der Oberlandesgerichte abgehen wollte, gemäß § 28 Abs. 2 FGG. zu der Frage Stellung zu nehmen hatte, sich in letzterem Sinne ausgesprochen hat,[33]) dürfte die im Vorstehenden vertretene Ansicht, der sich auch die Kommentatoren und eine Reihe anderer Schriftsteller angeschlossen haben,[34]) als die herrschende bezeichnet werden. Auch Salinger[35])

---

insbesondere die etwaige Zuziehung und Abhörung der Beteiligten in der ihm im einzelnen Falle geeignet erscheinenden Weise. Josef, Zbl. B. 10 S. 363. Auch das Kind kann im vorliegenden Verfahren als Zeuge vernommen werden, da es ja nicht beteiligt ist. Josef, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 353.

[31]) vgl. a. die in §§ 44 Satz 2, 48, 50 FGG. statuierte behördliche Mitteilungspflicht.

[32]) Beschl. v. 20. 1. 1905, E. bayr. Bd. 6 S. 54 (zu § 1666); s. a. die dort (S. 54) aufgeführte Literatur. Aus dem Beschlusse ist zu entnehmen, daß die bayerische Praxis nie den Standpunkt eingenommen hat, die Bestellung eines Pflegers im Verfahren sei unbedingt erforderlich. Vgl. a. den Beschl. des ObersteLG. vom 2. 3. 1906, Recht 1906 S. 494 Nr. 1088 (zu § 1635 Abs. 1 Satz 2).

[33]) Beschl. v. 9. 2. 1905, E. Bd. 60 S. 134; v. 7. 12. 1905, E. Bd. 62 S. 132; v. 28. 6. 1906, E. Bd. 64 S. 16 (zu § 1636).

[34]) Staudinger § 1909 S. 1376 unten; Planck § 1909 2b Abs. 2; dieselben, Neumann und Blume zu den §§ 1635, 1636, 1666; Endemann S. 274 (zu § 1635), S. 853 (zu § 1666); d'Alleux, Diss. S. 16; Achilles (im Gegensatz zu dem in früheren Auflagen vertretenen Standpunkt) §§ 1635, 10, 1636, 3, 1666, 6; Schiffer, DJZ. 1902 S. 238 f.: „Prozessuale Gesichtspunkte

wendet sich gegen die Judikatur des Kammergerichts und der preußischen Vormundschaftsgerichte, übersieht aber, daß dem Kinde keine Parteistellung im Verfahren zukommt. Beizupflichten ist ihm aber, worauf auch Josef[36]) (indem er die Ansicht des Kammergerichts, das Kind sei in dem Verfahren Partei, als richtig unterstellt) hinweist, daß in einem derartigen Verfahren die Bestellung eines Pflegers erst dann zulässig sein würde, wenn dem Vater die Vertretung des Kindes gemäß §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1796 entzogen wäre.[37]) [38]) Die Rechtfertigung der Pflegerbestellung mit der Vertretungsbedürftigkeit des Kindes ist daher auch schon aus diesem Grunde unzutreffend.

Das Reichsgericht[39]) und Josef[40]) haben auch mit Recht die Zweckmäßigkeit der unbedingten Pflegerbestellung bezweifelt, letzterer besonders unter Hinweis auf die dem VG. in Beamten und Behörden (Lehrern, Geistlichen, Polizei) sowie Wohltätigkeits- und Jugendschutzvereinen zu Gebote stehenden Auskunftsorgane,[41]) haben aber die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für das Verfahren nach §§ 1635, 1636, 1666, 1667, 1670 ausdrücklich anerkannt.[42]) [43])

---

sind zur Begründung der Zulässigkeit einer Pflegschaft nicht verwendbar". Eine genaue Aufzählung der Literatur und Judikatur gibt Fuchs S. 434.

[35]) JurW. 1903 S. 62.

[36]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 351.

[37]) vgl. auch Schiffer a. a. O. S. 238 letzter Absatz.

[38]) Denn erst dann liegt eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters und damit der Anlaß zu einer Pflegerbestellung vor. So auch LG. Constanz vom v. 12. 4. 1906, Bad. Rechtspr. 1906 S. 218 Nr. 18; Bingel, Diss. S. 38. Nach der Ansicht des KG. (v. 29. 6. 1905, Jahrb. Bd. 30 A S. 34 f.; v. 1. 11. 1906, RJA. Bd. 8 S. 82), dem sich Planck (§ 1796, 1 a. E.), Staudinger (§ 1796, 1 d) und Fuchs (§ 1796, 3) anschließen, soll allerdings in der Pflegerbestellung und deren Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter (§ 16 FGG.) die Entziehung inbegriffen sein.

[39]) E. Bd. 60 S. 134, Bd. 62 S. 132.

[40]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 26 S. 355 f. Der Aufsatz ist übrigens vor Erlaß der Entscheidung des OberstLG. und der des RG. (E. Bd. 60 S. 134) geschrieben; vgl. den Nachtrag a. a. O. S. 359 f.

[41]) And. A. Schiffer a. a. O. S. 239 mit Rücksicht auf die bureaukratische Organisation der Behörden und das mehr schematische Vorgehen der Beamten — vor allem in großen Städten.

[42]) s. a. Schiffer a. a. O.: Die Bestellung eines Pflegers sei aus materiellrechtlichen Erwägungen zulässig und vielfach geboten.

[43]) vgl. jetzt a. KG. v. 17. 1. 1907, R. 1907 S. 312.

Ob bei Anordnung und Durchführung der Zwangserziehung auf Grund der gemäß EG. Art. 135 erlassenen Landesgesetze die Bestellung eines Pflegers erforderlich ist, bestimmt sich nach diesen Gesetzen.[44])

§ 7.

Die Unzulässigkeit der Vigilanzpflegschaft.

Die Erfüllung der sich aus seinem umfangreichen und verantwortungsvollen Amt als Obervormundschaftsbehörde ergebenden Pflichten darf das VG. nicht schlechthin teilweise einem Pfleger übertragen, um sich dadurch zu entlasten.[1]) Unzulässig ist daher die Bestellung eines Pflegers zu dem Zwecke, den gesetzlichen Vertreter des Schutzbefohlenen zu beaufsichtigen,[2]) ihn hinsichtlich der Rechnungen und Inventare zu kontrollieren[3]) und ihn zu überwachen, um dadurch seine etwaigen Pflichtwidrigkeiten und Nachlässigkeiten sowie auch die Fälle, in denen eine Verhinderung des gesetzlichen Vertreters eingetreten sein sollte, zur Kenntnis des VG. zu bringen.[4]) Die bloße Möglichkeit eines Eingreifens

---

[44]) Staudinger § 1666 VI c, 2.

[1]) Die Bestellung eines Pflegers wäre auch unnötig mit Rücksicht darauf, daß Gegenvormund und Beistand das Gericht zu unterstützen haben (§§ 1689, 1799). Ist die Bestellung eines Gegenvormundes, Mitvormundes oder Beistandes nicht schon letztwillig angeordnet bezw. wird die Bestellung eines Beistandes von der Mutter nicht beantragt, so kann das VG. in der Regel Mitvormünder bestellen (§ 1775) oder einen Gegenvormund bezw. Beistand ernennen (§§ 1792 Abs. 2, 1687 Ziff. 3), insbes. bei umfänglichen Vermögensverwaltungen, und dies nicht nur zur Erhöhung der Sicherheit des Schutzbefohlenen, sondern auch zur Entlastung des VG.; vgl. a. Planck Vorbem. 3 d Abs. 2 vor § 1773.

[2]) vgl. a. oben Einleitung Anm. 11 und KG. v. 26. 9. 1907, Jahrb. Bd. 35 A S. 10 (für den elterlichen Gewalthaber). Diese Entscheidung hebt auch mit Recht hervor, daß sich die Zulässigkeit einer Vigilanzpflegschaft nicht aus § 1667 ableiten lasse (S. 11 f.).

[3]) Dies ist Sache des etwa bestellten Gegenvormundes oder Beistandes. Sind solche nicht vorhanden oder genügt deren und des VG. Sachkunde nicht, kann das VG. Sachverständige zuziehen. Vgl. Endemann S. 853 Anm. 37.

[4]) Dazu sind bereits Gegenvormund, Beistand, Gemeindewaisenrat (§§ 1675, 1850) und der gesetzliche Vertreter selbst (§ 1909 Abs. 2) verpflichtet. Auch werden die Verwandten des Kindes, insbes. die Mutter dessen Rechte wahrnehmen und event. gegen die Art der Geschäftsführung des Vaters als Gewalthabers beim VG. vorstellig werden. Vgl. a. oben S. 40 Anm. 31.

des VG. im Interesse des Schutzbefohlenen ohne einen aus der konkreten Sachlage geschöpften Anhalt für ihren tatsächlichen Eintritt rechtfertigt nicht die Anordnung einer Pflegschaft,[5]) denn dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist ebenso wie der preuß. Vormundschaftsordnung[6]) der Begriff der sogen. „Vigilanzpflegschaft" unbekannt, die für den Fall künftig etwa eintretender Kollisionen der Interessen des Schutzbefohlenen mit denen seines gesetzlichen Vertreters angeordnet wurde und lediglich eine Beaufsichtigung und dauernde Überwachung des gesetzlichen Vertreters bezweckte. So hat z. B. das Kammergericht[7]) in dem Falle, daß Kinder als Nachvermächtnisnehmer zur Sicherung ihrer Ansprüche gegen die Mutter als Vorvermächtnisnehmerin einen Arrest ausbringen wollten, die Bestellung eines Pflegers zu diesem Behufe mangels genügender Anhaltspunkte für eine Gefährdung der künftigen Ansprüche der Kinder abgelehnt und sich gegen die Bestellung eines Pflegers „gewissermaßen auf Vorrat" gewendet.[8]) Der Standpunkt des Gesetzes ergibt sich auch klar aus § 1909 Abs. 2, der für den Fall, daß ein Bedürfnis für die Bestellung eines Pflegers eintritt, den gesetzlichen Vertreter zur Anzeige verpflichtet. Erwähnenswert ist auch folgender Fall, der dem Kammergericht[9]) zur Nachprüfung vorlag: Ein uneheliches Kind war bei seinem Vormunde untergebracht. Es hatten sich Bedenken erhoben, ob mit Rücksicht auf die Art der Verpflegung das fernere Verbleiben des Kindes im Hause des Vormundes im Interesse des Kindes liege. Die vom VG. eingezogenen Erkundigungen lauteten ungünstig, der Vormund wollte aber das Kind bei sich behalten. Hier handelt es sich um die Entscheidung der Frage, ob das Kind anderswo untergebracht werden soll. Der Vormund hat, da der Mutter die persönliche Fürsorge für das uneheliche

---

[5]) vgl. Haidlen S. 430: „Es hat sich um eine präsente Verhinderung und ein konkretes Schutzbedürfnis zu handeln, eine etwaige künftige Verhinderung genügt nicht".

[6]) Für diese vgl. Dernburg, VormR. d. preuß. Monarchie S. 411 Note 2.

[7]) Beschl. v. 27. 4. 1903, Rechtspr. Bd. 7 S. 127.

[8]) Das würde auch gegen das mehrfach hervorgehobene Prinzip der Selbständigkeit des gesetzlichen Vertreters verstoßen.

[9]) Beschl. v. 21. 5. 1908, Jahrb. Bd. 36 A S. 43 ff.

Kind in tatsächlicher Hinsicht zusteht, insoweit nur die Stellung eines Beistandes (§§ 1707, 1689). An der Erfüllung seiner Beistandspflichten ist er aber in concreto tatsächlich verhindert, da er nicht in der Lage ist, die gegen seine Verpflegung erhobenen Bedenken objektiv zu prüfen und die Mutter sonach bei der Bestimmung des Aufenthaltsortes für das Kind unparteiisch zu beraten und ihre Maßregeln gehörig zu überwachen. Hier bedarf es der Bestellung eines Pflegers, der nicht nur die Mutter bei der Entscheidung der Frage, ob das Kind beim Vormunde zu belassen sei, und bei der Ausführung ihrer bezüglichen Entschließung zu unterstützen und zu überwachen, sondern auch die Verpflegung des Kindes beim Vormunde selbst zu überwachen hat. Das ist aber keine Vigilanzpflegschaft, denn einerseits ist auf Grund der vom VG. eingezogenen Erkundigungen Veranlassung zu dessen Einschreiten bereits gegeben und andererseits liegt eine tatsächliche Verhinderung des Vormundes ebenso bereits vor.

Einen weiteren Fall einer scheinbaren Vigilanzpflegschaft erwähnt Mayer in Württ. Zeitschr. Bd. 50 S. 290 ff.: Mit dem Tode des Erblassers wird der Nachlaß gemeinsames Vermögen der Miterben (§ 2032). Dieser Rechtszustand bleibt bestehen bis zum Vollzuge der Auseinandersetzung. Es ist den Erben überlassen, die Auseinandersetzung herbeizuführen. Jeder Erbe hat jederzeit das Recht, die Auseinandersetzung zu verlangen (§ 2042). An sich steht die Prüfung der Frage, ob die Beibehaltung der Erbengemeinschaft im Interesse des Schutzbefohlenen liegt, dem gesetzlichen Vertreter als Ausfluß seiner Vermögensverwaltungsbefugnis zu. Kommt aber das VG. zu der Überzeugung, daß der gesetzliche Vertreter, z. B. weil er selbst Miterbe ist, wegen seiner denen des Kindes entgegengesetzten Interessen zu einer objektiven Prüfung der Frage, ob die Beibehaltung der Erbengemeinschaft für das Kind vorteilhaft sei, nicht in der Lage sei, so kann es dem gesetzlichen Vertreter die Vertretungsmacht hinsichtlich der Entscheidung der Frage über die eventuelle Geltendmachung des Miterbenrechtes aus § 2042 seitens des Kindes gemäß §§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2 entziehen. Mayer macht nun darauf aufmerksam, daß die Verhältnisse so liegen können, daß das VG. eine fortdauernde Fürsorge zur Wahrnehmung des Rechtes, die

Auseinandersetzung zu verlangen, für erforderlich hält. Es stehe nichts im Wege, zur Wahrnehmung dieses Rechts einen Pfleger auf längere und ungewisse Zeit zu bestellen. Dessen Recht erschöpft sich in der Vertretung des Kindes bei der Wahrnehmung seines Rechtes aus § 2042, dagegen stehen dem Pfleger nicht Aufsichtsrechte in Ansehung der Vermögensverwaltung des gesetzlichen Vertreters zu Gebote.

§ 8.

Die Inventarerrichtung.

Das im Eingange des vorigen Paragraphen Gesagte hat gleichermaßen zu gelten, wenn sich der überlebende Ehegatte zwecks Erlangung eines Wiederverheiratungszeugnisses (§§ 1314, 1740, 1760, 1669) mit den Kindern auseinandersetzen will, falls diese Vermögen besitzen, in Ansehung dessen zwischen ihnen und dem Elternteil — sei es als Gewalthaber oder als Vormund — eine Gemeinschaft besteht. Zu der Prüfung, ob die letztere Voraussetzung vorliegt, ist nur das VG. befugt, es kann die Ausübung dieses Prüfungsrechtes nicht einem Pfleger übertragen. „Denn diese Tatbestandsvoraussetzungen bilden die Grundlage für das etwaige weitere Eingreifen des VG., sie müssen daher von ihm selbst festgestellt werden."[1])

Aus denselben Erwägungen, daß auch die vor der Auseinandersetzung von dem elterlichen Gewalthaber vorzunehmende Inventarerrichtung (§ 1669) die Grundlage für die weiteren Maßnahmen des VG. bilde, war bei den Beratungen der 2. Kommission der Antrag gestellt worden, bei der Aufnahme des Inventars die Mitwirkung eines Pflegers obligatorisch zu machen, wofür — wie an anderer Stelle geltend gemacht wird[2]) — auch vor-

[1]) So Endemann S. 853; vgl. a. KG. v. 23. 11. 1905, RJA. Bd. 7 S. 6 ff. Für letztere Entscheidung (vgl. Endemann a. a. O. Anm. 8) war allerdings der Gesichtspunkt maßgebend, daß eine Pflegschaft nur dann zulässig sei, falls ein der Verwaltung des Gewalthabers unterliegendes gemeinschaftliches Vermögen vorhanden sei. Die Aufgabe des betreffenden Pflegers lag aber nicht in der Verwaltung des etwa vorhandenen Vermögens, sondern in der Ermittlung, ob überhaupt gemeinschaftliches, der Verwaltung des Gewalthabers unterliegendes Vermögen vorhanden sei.

[2]) Prot. bei Mugdan S. 999 Abs. 2 3. letzter Satz.

gebracht werden könnte, daß es nicht angängig ist, eine Kontrolle vom Einfluß desjenigen abhängig zu machen, der kontrolliert werden soll. Dieser Antrag[3]) wurde jedoch abgelehnt mit der Begründung, die Bestellung eines Pflegers werde sich oft als erhebliche Belästigung des Gewalthabers darstellen, andrerseits sei die Mitwirkung eines Pflegers oft nicht hoch anzuschlagen, da ein derartiger Pfleger erfahrungsgemäß häufig nur seinen Namen hergebe und sich selten in eindringlicher Weise um das Vermögen des Kindes bekümmere.[4]) Dieser Wille des Gesetzgebers ist auch im Gesetz klar zum Ausdruck gelangt: § 1669 bietet nach Form und Inhalt keinen Anhaltspunkt dafür, daß zur Errichtung des Vermögensverzeichnisses die Bestellung eines Pflegers prinzipiell erforderlich sei. Gegen die obligatorische Pflegerbestellung würde auch die Erwägung sprechen, daß der Gewalthaber, wenn er seiner Inventarisierungspflicht nachkommt, damit kein Rechtsgeschäft — d. h. eine private Willenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist[5]) — dem Kinde gegenüber vornimmt. Denn hier handelt es sich nicht um die Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges, sondern um die Erfüllung einer sich aus dem Gesetz ergebenden Pflicht, sonach zwar nicht um eine rechtlich irrelevante Handlung (Wiederverheiratungszeugnis!), sondern um einen Rechtsakt, aber nicht um ein Rechtsgeschäft.[6]) Ein Rechtsverhältnis entsteht durch die Vornahme dieser Rechtshandlung nicht, wohl aber kann ihr Unterlassen die Voraussetzung für ein Rechtsverhältnis werden, das den pflichtverletzenden Gewalthaber zum Schuldner hat.

---

[3]) Mugdan S. 998 D Antrag 2; s. a. Ahsbahs, Zbl. Bd. 7 S. 354.

[4]) Mugdan S. 999 f.

[5]) So die herrschende Ansicht; vgl. insbes. Planck Bd. 1 S. 179 I oben.

[6]) Über die Begriffe „Rechtsakt" und „Rechtsgeschäft" vgl. Hölder (BGB.) S. 234—236; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 210 f.; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 § 69. Daß die Inventarerrichtung kein Rechtsgeschäft ist, wird hervorgehoben von Schultze-Görlitz S. 355; Dorner S. 568 (§ 168, 2a); derselbe in Bad. Ann. Bd. 53 (1887) S. 175; Josef, Lehrb. S. 224 sub 8; vgl. a. LG. Karlsruhe v. 8. 5. 1900, Bad. Rechtspr. 1906 S. 211 Nr. 17. Unrichtig nur Jastrow, Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13 S. 354 unten: Die Inventarerrichtung werde man wohl (!) zu den Rechtsgeschäften rechnen müssen.

Kommt dagegen das VG., sei es auf Grund eigener Wahrnehmung oder infolge der Anregung Dritter, zu der Überzeugung, daß das eingereichte Verzeichnis unrichtig oder unvollständig ist, so kann es dem Gewalthaber entweder gemäß § 1670 die gesamte Vermögensverwaltung oder nach §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1796 insoweit die Vertretungsbefugnis entziehen und dem Kinde einen Pfleger bestellen.[7]) Das Gesagte gilt entsprechend von der den Gewalthaber nach dem Tode des andern Elternteils hinsichtlich des seiner Verwaltung unterliegenden Kindesvermögens treffenden Inventarisierungspflicht (§§ 1640, 1686)[8]) sowie der des Vormundes (§ 1802).[9])[10]) In den letztgenannten[11]) Fällen kann das VG. das Verzeichnis im Falle der Säumnis des gesetzlichen Vertreters auch durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Notar aufnehmen lassen (§§ 1640 Abs. 2 Satz 1, 1802 Abs. 3). Im Hinblick darauf sowie mit Rücksicht auf die Mitwirkungspflicht des Gegenvormundes und Beistandes wird sonach das VG. in manchen Fällen von einer Pflegerbestellung absehen.

---

[7]) OLG. Jena v. 24. 11. 1904, Zbl. Bd. 5 S. 558; Planck § 1669, 2b Abs. 2; KG. v. 12. 11. 1900, Rechtspr. Bd. 2 S. 235f: es komme auf die Würdigung des konkreten Verhältnisses an, die Anordnung einer Pflegschaft unterliege dem pflichtmäßigen Ermessen des VG.; and. A. Staudinger § 1669, 6 Abs. 2.

[8]) Staudinger u. Planck je § 1640, 4; Mayer, Württemb. ZRV. Bd. 50 S. 295, der mit Recht hervorhebt, daß sich vor allem dann Zweifel an der Richtigkeit des Verzeichnisses ergeben können, wenn Forderungen des verstorbenen Elternteils aus dem güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten in Frage stehen.

[9]) Planck § 1802, 5.

[10]) Ist die Mutter Gewalthaberin und ist ihr ein Beistand für alle Angelegenheiten oder zur Vermögensverwaltung beigeordnet (§§ 1688 Abs. 1, 1687 Ziff. 3) — vgl. a. Planck § 1692, 2; Staudinger § 1692, 3a; Fischer-Henle § 1692, 3 — bezw. ist neben dem Vormunde ein Gegenvormund bestellt, so haben diese bei der Aufnahme des Verzeichnisses mitzuwirken und ebenso wie der gesetzliche Vertreter die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses zu versichern (§§ 1692, 1802 Abs. 1 Satz 2).

[11]) Dagegen nicht im Falle der §§ 1669, 1740, 1760. Denn in diesem Falle hat das VG. in der Verweigerung des Wiederverheiratungszeugnisses (§ 1314) ein viel wirksameres Mittel zur Erzwingung der Inventarisierung (Planck § 1669, 2b).

§ 9.

Anhang: Das Prüfungsrecht des Vormundschaftsgerichts bei Anordnung einer Ergänzungspflegschaft.

Ob nach dem Vorstehenden eine Angelegenheit des Schutzbefohlenen vorliegt, an deren Besorgung der gesetzliche Vertreter verhindert ist, dies zu prüfen ist Sache des pflichtmäßigen Ermessens des VG. Dagegen steht diesem nicht die Prüfung der Frage zu, ob die Besorgung der betreffenden Angelegenheit für den Schutzbefohlenen günstig oder ungünstig ist; zu dieser materiellen Prüfung ist das VG. nicht befugt.[1]) Dies ergibt sich aus dem Wesen der Ergänzungspflegschaft als des Ersatzes für den verhinderten gesetzlichen Vertreter: Die Entscheidung darüber, ob die Besorgung der betreffenden Angelegenheit im Interesse des Schutzbefohlenen liegt, steht, sofern der Gewalthaber oder Vormund nicht von der Vertretung bezw. tatsächlichen Fürsorge ausgeschlossen ist,[2]) bezw. ihm diese nicht entzogen sind, bei diesem, im Falle des Ausschlusses oder nach erfolgter Entziehung bei dem zu bestellenden Pfleger,[3]) nicht aber geht dieses Recht im Falle der

---

[1]) KG. v. 11. 10. 1906, Rechtspr. Bd. 14 S. 275; Staudinger § 1909,2b letzter Abs.; Planck § 1909,2c; vgl. a. OLG. Colmar, Rechtspr. Bd. 12 S. 353.

[2]) LG. Karlsruhe v. 8. 5. 1900, Bad. Rechtspr. Bd. 6 S. 211 Nr. 17; KG. v. 18. 1. 1906, Jahrb. Bd. 31 A S. 11 f.: „Bevor eine Klage erhoben werden soll, bedarf es der Entscheidung darüber, ob die Erhebung zweckmäßig und angezeigt ist. Diese Entscheidung gehört — es handelt sich um Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs — dem Gebiete der Vermögensverwaltung an, sie steht dem Gewalthaber zu. Er ist von ihr nicht kraft Gesetzes ausgeschlossen, denn diese Entscheidung ist kein Teil des Rechtsstreits". Ebenso KG. v. 7. 2. 1907, Rechtspr. Bd. 14 S. 273; KG. v. 26. 9. 1907, Jahrb. Bd. 35 A S. 12 (für die Erbauseinandersetzung); KG. v. 9. 10. 1907, Zbl. Bd. 10 S. 45 Nr. 17; KG. v. 17. 10. 1907 daselbst Nr. 30; KG. v. 11. 10. 1907, Rechtspr. Bd. 18 S. 305; OLG. Darmstadt v. 29. 7. 1908, Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 131; vgl. a. Kleinschmidt, Hess. Rechtspr. Bd. 10 S. 87, der jedoch von vornherein dem gesetzlichen Vertreter das Entscheidungsrecht gemäß §§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2 entzogen wissen will, da es, wenn es sich um einen etwa anzustrengenden Prozeß handle, einen größeren Gegensatz der Interessen als den zwischen den Parteien nicht gebe.

[3]) KG. v. 2. 2. 1903, Rechtspr. Bd. 6 S. 302; KG. v. 18. 1. 1906 a. a. O. S. 12 unten; Mayer, Württemb. ZRV. Bd. 50 S. 292.

Verhinderung des gesetzlichen Vertreters auf das VG. über.[4]) Denn auch hier gilt das oben in der Einleitung über die Stellung des Gewalthabers und Vormundes gegenüber dem VG. Gesagte. Dort war darauf hingewiesen worden, daß der Gewalthaber hinsichtlich der Sorge für Person und Vermögen des Kindes mit Rücksicht auf das nahe Verhältnis zwischen Eltern und Kindern wesentlich freier gestellt ist als der Vormund. Aber auch hinsichtlich der Stellung des Vormundes steht das Gesetz auf dem Grundsatze der Gewaltentrennung,[5]) d. h. der Vormund führt die Vormundschaft, das VG. hat ihn nur zu beaufsichtigen. Die Denkschrift[6]) hebt ausdrücklich hervor, daß das VG. nicht selbsthandelnd[7]) in die Verwaltung eingreifen dürfe und auch nicht kraft seines Aufsichtsrechts befugt sei, in Zweckmäßigkeitsfragen dem Vormunde leitende Anweisungen zu geben[8]) oder seine Ansicht an die Stelle der Ansicht des Vormundes zu setzen.

Besonders hervorzuheben sind die Fälle, in denen es sich um Rechtsstreitigkeiten zwischen Schutzbefohlenen und seinem gesetzlichen Vertreter handelt und zu diesem Zwecke die Bestellung eines Pflegers beantragt wird.[9]) Nach dem Gesagten hätte das VG.

[4]) Fuchs S. 438, 3. Insbes. kann daher das VG. bei Rechtsgeschäften zwischen dem gesetzlichen Vertreter und dem Schutzbefohlenen diesen nicht selbst vertreten. Hallbauer S. 123 Note *).

[5]) vgl. a. RG. Plenarbeschl. v. 13. 5. 1909, E. Bd. 71 S. 167.

[6]) S. 234, bei Mugdan S. 1183, 2 Abs. 1.

[7]) Dieser Grundsatz ist nur im Interesse des Schutzbefohlenen durchbrochen: Die bereits hervorgehobenen Ausnahmen rechtfertigen sich in dem einen Falle (§§ 1672 Abs. 1, 1844 Abs. 2) dadurch, daß in eiligen Fällen der mit der Auferlegung der Sicherheit verfolgte Zweck nur durch rasches Handeln erreicht werden kann (vgl. oben S. 31 Anm. 2), hinsichtlich des Eingreifens des VG. auf Grund von §§ 1665, 1846 aus der Erwägung, daß durch einstweilige Maßregeln dem Interesse des Schutzbefohlenen zu Hilfe gekommen werden soll (Mot. S. 1155 zu § 1683 E. I), und ergeben sich schließlich, was die Vertretung des Kindes in dem Verfahren nach §§ 1635, 1636, 1666, 1667, 1670 anbetrifft, wie bereits hervorgehoben, aus dem Offizialcharakter des in diesen Fällen einzuschlagenden Verfahrens. Vgl. a. RG. a. a. O. S. 168.

[8]) vgl. OLG. Colmar v. 5. 9. 1905 a. a. O.; KG. v. 26. 11. 1900, RJA. Bd. 1 S. 178; KG. v. 4. 4. 1908, Rechtspr. Bd. 18 S. 302 und die unten Anm. 12 ff. aufgeführten Entscheidungen.

[9]) Die Notwendigkeit der Pflegerbestellung in diesem Falle ergibt sich aus der Natur des Prozesses.

dem Antrag auf Bestellung eines Pflegers unbedingt stattzugeben, also auch dann, wenn es von der Aussichtslosigkeit des Prozesses für den Schutzbefohlenen überzeugt ist. Diese Ansicht wird insbesondere von Planck,[10]) Staudinger[11]) und in der Rechtsprechung[12]) vertreten: Ob der Prozeß für den Schutzbefohlenen aussichtslos sei, darüber habe nur der Prozeßrichter zu entscheiden[13]) bezw. sei dies Sache der pflichtmäßigen Erwägung des Pflegers, der durch seine Bestellung keineswegs die Verpflichtung übernehme, den Prozeß auch dann zu führen, wenn er ihn für aussichtslos halte.[14]) Demgegenüber erachtet Josef[15]) — m. E. mit Recht — die Ablehnung der beantragten Pflegerbestellung für zulässig, wenn sich aus dem Antrage offensichtlich, d. h. ohne daß es einer Prüfung und Untersuchung durch das VG. bedürfe, ergebe, daß der geltend zu machende Anspruch gar nicht bestehe oder die beabsichtigte Rechtsverteidigung mutwillig oder aussichtslos sei, denn der Antrag sei dann in sich widerspruchsvoll und stelle sich als unberechtigter Prozeßmutwille dar.[16])

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß das VG. die Durchführung seiner Ansicht entgegen der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters nicht erzwingen kann,[17]) es sei denn, daß diesen eine Pflichtverletzung trifft, was ein Einschreiten des VG. nach §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1796 oder 1666, 1667, 1670 (gegenüber dem Gewalthaber) bezw. nach §§ 1837, 1886 (gegenüber dem Vormunde) erfordern würde. In einem Falle hatte z. B. das VG., das eine vom Vormunde beantragte Genehmigung zur Ausschlagung einer Erbschaft versagt, während das Beschwerdegericht diese erteilt hatte, dem Mündel einen Pfleger bestellt zwecks Einlegung der weiteren Beschwerde. Diese Pflegerbestellung ist unzulässig, denn

---

[10]) § 1909, 2c.

[11]) § 1909, 2b letzter Absatz.

[12]) OberstLG. v. 3. 5. 1900, Seufferts Arch. Bd. 56 S. 92.

[13]) OLG. Jena v. 28. 7. 1902, R. 1902 S. 435 Nr. 2020.

[14]) KG. v. 2. 2. 1903 a. a. O.; KG. v. 4. 4. 1908, Rechtspr. Bd. 18 S. 302.

[15]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 29 S. 73 ff.

[16]) So auch Fuchs a. a. O. Josef verteidigt seine Ansicht gegenüber Schultheis (Zbl. Bd. 8 S. 173 ff.) in einem weiteren Aufsatze (daselbst S. 674 ff.).

[17]) vgl. das Zitat der Denkschr. oben S. 49 Anm. 6.

die Angelegenheit des Mündels ist damit, daß das Landgericht die Genehmigung zur Ausschlagung erteilt hat, die Ausschlagung vom Vormunde rechtzeitig und formgerecht erklärt worden ist und eine Anfechtung der Ausschlagung nicht in Frage kommt, erledigt.[18])

---

[18]) KG. v. 15. 2. 1904, Rechtspr. Bd. 8 S. 363; s. a. Staudinger § 1909, 2b und KG. v. 25. 6. 1909, Frankf. Rundschau Bd. 43 S. 67 (zit. nach Warneyer, Jahrb. Bd. 8 § 1909 Nr. 3).

III. Die Verhinderung des gesetzlichen Vertreters.

§ 10.

Die tatsächliche Verhinderung.

§ 1909 läßt — abgesehen von dem in Abs. 1 Satz 2 aufgeführten speziellen Falle — ebenso wie § 86 preuß. VormO. und die §§ 1665, 1846 die Frage offen, wann der gesetzliche Vertreter eines Schutzbefohlenen als verhindert anzusehen ist. Die Verhinderung kann eine tatsächliche oder eine rechtliche sein. E. I sprach auch in § 1738 = § 1909 BGB. in Übereinstimmung mit den Motiven (S. 1252 Abs. 2) und der Denkschrift (S. 239)[1] von Verhinderung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen, während das Gesetz dem Ausdruck Verhinderung keine erläuternden Epitheta beigefügt hat, wie dies auch bereits im E. II § 1786 unterblieben war.

Das Gesetz enthält für die Fälle der tatsächlichen Verhinderung des gesetzlichen Vertreters keine besonderen Vorschriften. Sie sind auch entbehrlich, denn hier entstehen kaum Schwierigkeiten, und es ist von Fall zu Fall zu entscheiden.[2] Am häufigsten wird Krankheit und vorübergehende Abwesenheit des gesetzlichen Vertreters den Grund zur tatsächlichen Verhinderung bilden.[3] Andere Fälle sind Haft,[4] Unbekanntsein des Aufenthaltsortes, Mangel an Geschäftsgewandtheit, wenn z. B. dem Schutzbefohlenen ein

---

[1] vgl. a. Prot. bei Mugdan S. 1133.

[2] Salinger, JurW. 1903 S. 61.

[3] Salinger a. a. O.; Planck § 1909, 2 b Abs. 2; Staudinger § 1909, 2 b α; d'Alleux, Diss. S. 12 Ib; OLG. Colmar v. 5. 9. 1905, Rechtspr. Bd. 12 S. 352; KG. v. 9. 11. 1905 daselbst S. 330.

[4] RG. v. 6. 10. 1908, Goltdammers Arch. Bd. 55 S. 334.

über die Verhältnisse des gesetzlichen Vertreters weit hinausgehendes Vermögen zugefallen ist.[5]) Bingel[6]) nimmt für diesen Fall — m. E. mit Recht — eine tatsächliche Verhinderung des gesetzlichen Vertreters nur dann an, wenn dessen Geschäftsunkenntnis im einzelnen Falle derart ist, daß sie der tatsächlichen Unmöglichkeit, das betreffende Geschäft vorzunehmen, gleichkommt. Diese einschränkende Auffassung kann auch nicht die Interessen des Schutzbefohlenen gefährden: Handelt es sich um einen geringeren Grad von Geschäftsungewandtheit oder geschäftlicher Unerfahrenheit, so ist es Aufgabe des VG., durch geeignete Maßnahmen einem Verfall des zugewendeten Vermögens vorzubeugen. Das VG. wird auch durch geeignete Ratschläge dem gesetzlichen Vertreter an die Hand gehen bezw. wird dieser schon mit Rücksicht auf die ihn treffende Haftpflicht (§§ 1654, 1664, 1833) erforderlichenfalls sachwalterische Dienste in Anspruch nehmen; auch ist durch das Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung für wichtigere Rechtsgeschäfte dem VG. ein bedeutsamer Einfluß gewährt. Eventuell kann auch durch eine etwaige Entziehung der Verwaltungsbefugnis nach §§ 1639, 1670,[7]) soweit sie sich auf das zugewendete Vermögen erstreckt, oder durch die Entlassung des Vormundes gemäß § 1886,[8]) oder auf seinen Antrag (§ 1888) ein wirksamer Schutz des Kindes oder Mündels erreicht werden. Ist die Mutter Inhaberin der elterlichen Gewalt, so wird event. die Bestellung eines Vermögensbeistandes (§ 1687 Ziff. 3), liegt eine Vormundschaft vor, so wird event. die Bestellung eines Mitvormundes,

---

[5]) Habicht bei Gruchot Bd. 42 S. 434 unter c; Schultzenstein-Köhne § 1909, 3.

[6]) Diss. S. 42. Auch Staudinger (a. a. O.) sagt, daß Geschäftsungewandtheit nur „unter Umständen" in Frage kommen könne, ohne sich jedoch näher darüber auszulassen.

[7]) Auch ohne Verschulden des gesetzlichen Vertreters. Vgl. Fischer-Henle § 1670, 2; Neumann § 1670, 2: vorausgesetzt werde eine objektive Nichterfüllung der mit der Vermögensverwaltung verbundenen Pflichten, keine Pflichtwidrigkeit. — Letztere würde begrifflich ein Verschulden erfordern.

[8]) Auch hier ist keine Pflichtwidrigkeit erforderlich. Planck § 1886, 1a; Fischer-Henle § 1886, 2 und die daselbst am Ende zit. Entscheidungen; Schultzenstein-Köhne S. 30 Abs. 2 a. E., S. 55: „Die Entlassung kann auch erfolgen ohne den Willen des Vormundes bei eintretender Untauglichkeit".

dem die geplante Vermögensfürsorge oder die Verwaltung des zugewendeten Vermögens zu übertragen ist (§ 1797 Abs. 2), angezeigt sein.

II. Der Umfang und Inhalt der sich aus der elterlichen Gewalt oder Vormundschaft ergebenden Rechte und Pflichten bestimmt sich im einzelnen Falle nach dem Maßstabe der Interessen und Bedürfnisse des der Fürsorge bedürfenden Kindes oder Mündels.[9]) Daraus ergibt sich, daß nicht unbedingt jede Krankheit, Haft, Abwesenheit vom Aufenthaltsorte des Schutzbefohlenen eine Verhinderung im Sinne von § 1909 ist, vielmehr kommt es stets darauf an, ob diese Umstände dem gesetzlichen Vertreter wirklich nach Lage der Sache die Ausübung seines Fürsorgeamtes unmöglich machen. Das Kammergericht[10]) will das — m. E. mit Recht — namentlich dann verneinen, wenn z. B. der Vater sich auswärts unter solchen Umständen aufhält, daß er unschwer zu erreichen ist und die ihm als Gewalthaber obliegenden Geschäfte von dort aus brieflich oder nötigenfalls am Ort nach Ausführung einer nicht zu schwierigen Reise erledigen kann. Diese Ansicht trägt praktischen Bedürfnissen Rechnung, man denke nur an die Fälle, in denen der Vater z. B. als Geschäftsreisender oder als Monteur beruflich regelmäßig vorübergehend von seinem Wohnorte abwesend ist. Vorausgesetzt wird nur, daß der gesetzliche Vertreter für die Zeit seiner Abwesenheit die etwa erforderlichen Anordnungen bezüglich seines Fürsorgeamtes trifft, wie beispielsweise die Besorgung bestimmter Angelegenheiten, die während seiner Abwesenheit erledigt werden müssen, einem Dritten überträgt. Die elterliche Gewalt und die Vormundschaft sind zwar höchstpersönlicher Natur und daher nicht übertragbar[11]) wie auch nicht verzichtbar; dem steht jedoch nicht entgegen, diese Rechte der Schutzgewalt ihrer Ausübung nach rechtsgeschäftlich auf andere Personen zu übertragen.[12]) Nur findet diese Übertragbarkeit an

---

[9]) OLG. Hamburg v. 2. 12. 1905, Hans. GZ. 1905 Beil. Nr. 32 S. 53.

[10]) KG. v. 9. 11. 1905, Rechtspr. Bd. 12 S. 330.

[11]) Mot. S. 752; RG. v. 5. 11. 1908, Gruchot Bd. 53 S. 701. Außerdem ist auch zu beachten, daß eine Substitution der gesetzlichen Vertretungsmacht mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen unzulässig ist (vgl. Rehbein Bd. 1 S. 269 b).

den Interessen des Schutzbefohlenen ihre natürliche Grenze, da die Schutzgewalt nur im Interesse des Schutzbedürftigen verliehen ist.[13]) Die Übertragung darf das Wohl des Schutzbedürftigen nicht gefährden und nicht gegen die guten Sitten verstoßen.[14]) Die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Erziehung, insbesondere der Berufsausbildung, heben die Motive[15]) ausdrücklich hervor. Das Gesagte hat auch zu gelten, wenn beide Eltern des Kindes leben und die elterliche Gewalt dem Vater zusteht. Insoweit der z. B. abwesende oder kranke Vater einen Vertreter bestellt, der seinerseits in der Lage ist, die betreffende Fürsorgehandlung vorzunehmen, ist der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt nicht verhindert, und für den Übergang der Ausübung derselben auf die Mutter (§ 1685 Abs. 1) ist kein Raum.[16]) In gleichem Sinne hat sich das OLG. Hamburg[17]) für den Fall ausgesprochen, daß der Vater, der berufsmäßig Seereisen ins Ausland zu unternehmen hatte, für die Dauer seiner Abwesenheit Anordnungen über die Unterbringung, Erziehung und Beaufsichtigung seiner Kinder trifft, sofern er nur von seinen Seereisen regelmäßig zurückkehre und sich alsdann um seine Kinder kümmere, insbesondere das etwa weiter Erforderliche anordne. Hinsichtlich der vom Vater getroffenen Anordnungen ist jedoch die oben hervorgehobene Einschränkung zu beachten: Ein Widerspruch zwischen den vom Vater getroffenen Anordnungen mit den Interessen des Kindes würde vorliegen, wenn das unter dem natürlichen Schutze der unbescholtenen leiblichen Mutter stehende Kind dieser entzogen und mit seinem Schutz- und Fürsorgebedürfnis ganz oder teilweise dem Willen eines fremden Bevollmächtigten des Vaters

---

[12]) Cosack Bd. 1 S. 288 a; OLG. Hamburg v. 2. 12. 1905 a. a. O.; Schultzenstein-Köhne § 1793, 2; RG. v. 26. 4. 1898, E. Bd. 41 S. 265 f. Die Bestellung eines Pflegers läßt sich sonach bei tatsächlicher Verhinderung vermeiden. Nach Blume (§ 1909 II, 1 a) bedarf es jedoch der Bestellung eines Pflegers, wenn der Vertreter der Beaufsichtigung bedarf. Eine Begründung dieser Ansicht, der nicht beigetreten wird, fehlt.

[13]) OLG. Hamburg a. a. O.

[14]) Dernburg S. 270 V.

[15]) a. a. O.

[16]) Blume § 1635, 2 b.

[17]) Beschl. v. 24. 10. 1908, Hans. GZ. 1909 Beil. Nr. 45.

überantwortet würde, der Vater hat vielmehr beim Erlaß seiner Anordnungen auf das der Mutter in § 1634 eingeräumte Mitfürsorgerecht Rücksicht zu nehmen. Die elterliche Schutzgewalt besteht in unausgesetzter, jederzeit bereiter Fürsorge, die wohl zeitweilig, aber nicht auf die Dauer durch einen Dritten ausgeübt werden darf. Daraus ergibt sich, daß, falls der Vater dauernd im Auslande bleibt, die Anordnung von Maßregeln für die Zeit seiner Abwesenheit unzulässig ist. In diesem Falle ist er tatsächlich verhindert, die elterliche Gewalt wird dann durch die Mutter ausgeübt (§ 1685 Abs. 1).[18] — Bei einer rechtlichen Verhinderung des gesetzlichen Vertreters ist dagegen, worauf Blume[19] mit Recht hinweist, die Bevollmächtigung eines Dritten wirkungslos, da dessen Vertretungsmacht nicht weiter reicht als die des bevollmächtigenden gesetzlichen Vertreters.

§ 11.

Die Ausübung der elterlichen Gewalt durch die Mutter. Der Einfluß ihrer Wiederverheiratung.

In gewissen Fällen bestimmt das Gesetz selbst an Stelle des verhinderten gesetzlichen Vertreters einen Vertreter. Dies ist der Fall, wenn an Stelle des verhinderten Vaters als elterlichen Gewalthabers die Mutter die elterliche Gewalt ausübt.[1] Dies tritt ein:

---

[18]) vgl. a. OLG. Hamburg v. 2. 12. 1905 a. a. O.; dasselbe v. 24. 10. 1908 a. a. O.; OLG. Rostock v. 19. 3. 1903, Meckl. Z. 1904 S. 37 ff. Gimmerthal (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 104 S. 392) leugnet dagegen die Zulässigkeit der vom Vater für die Zeit seiner Abwesenheit getroffenen Anordnungen schlechthin. Diese müßten an der elterlichen Gewalt der Mutter scheitern, die sich bei Verhinderung des Vaters — abgesehen von der Nutznießung — in vollem Umfange entfalte. Demgegenüber ist auf das vor Anm. 16 Gesagte hinzuweisen.

[19]) § 1909 II, 1 d; vgl. a. d'Alleux, Diss. S. 20.

[1]) Voraussetzung ist aber, daß nicht im maßgebenden Zeitpunkt ein Grund vorliegt, infolgedessen die Ausübung der elterlichen Gewalt der Mutter ausgeschlossen ist (§§ 1680, 1697) oder die Mutter minderjährig oder auch ihrerseits tatsächlich verhindert ist (§§ 1696, 1676 f.); vgl. Schultzenstein-Köhne § 1773, 5; Achilles § 1684 am Anfang.

[2]) Das gilt auch für die Dauer des Ehescheidungsprozesses. KG. v. 7. 1. 1909, RJA. Bd. 10 S. 94.

a) während der Ehe[2]) bei tatsächlicher Verhinderung des Vaters gemäß § 1685 Abs. 1. Der tatsächlichen Verhinderung, deren Dauer gleichgültig ist, steht das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters gleich, das dann eintritt, wenn vom VG. die längere tatsächliche Verhinderung des Vaters festgestellt ist (§ 1677 Abs. 1);

b) nach Auflösung der Ehe[3]) unter der dreifachen Voraussetzung, daß 1. die elterliche Gewalt des Vaters ruht, 2. nach Ansicht des VG. keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfällt,[4]) und 3. die Mutter die Übertragung der elterlichen Gewalt auf sich beantragt (§ 1685 Abs. 2). — Im letzteren Falle steht der Mutter auch die Nutznießung am Kindesvermögen zu (§ 1678).

Das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters kann auch die Folge einer rechtlichen Verhinderung sein, nämlich dann, wenn er geschäftsunfähig ist (§ 1676 Abs. 1), oder wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder ihm gemäß § 1910 Abs. 1 ein Pfleger für Person und Vermögen bestellt ist (§ 1676 Abs. 2). Da auch in diesem Falle die Mutter gemäß § 1685 die elterliche Gewalt ausübt, kommen diese Fälle rechtlicher Verhinderung ebensowenig wie die vorerwähnten Fälle tatsächlicher Verhinderung für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft in Frage. Damit sind aber die Fälle, in denen bei rechtlicher Verhinderung des Vaters als Gewalthabers die Ausübung der elterlichen Gewalt kraft Gesetzes bezw. auf ihren Antrag auf die Mutter übergeht, erschöpft. An sich steht zwar die elterliche Gewalt beiden Elternteilen gemeinsam zu,[5]) und daraus folgt, daß die von der Mutter ausgeübte elterliche Gewalt eine dieser kraft eigenen Rechts zustehende und nicht die des Vaters ist.[6]) Indessen muß bei Lebzeiten beider Eltern das Recht der Mutter naturgemäß zurück-

---

[3]) Der Auflösung steht auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gleich (§§ 1575, 1586).

[4]) Wenn z. B. der Vater zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurteilt ist.

[5]) Denkschr. bei Mugdan S. 1170 unten; Planck Vorbem. 4 vor § 1626; Gimmerthal a. a. O. S. 392, 394 sub 2.

[6]) Blume Vorbem. 2 vor § 1626; Staudinger § 1635, 2; Planck Vorbem. I, 2 vor § 1684.

treten,[7]) wie dies das Gesetz in §§ 1627, 1634 zum Ausdruck bringt.[8]) Innerhalb der daselbst vom Gesetz gezogenen Grenzen kann die Mutter die elterliche Gewalt während der Ehe nur gemeinsam mit dem Vater ausüben.[9]) Ist daher dem Vater die elterliche Gewalt im Interesse des Kindes vom Gesetze teilweise genommen oder vom VG. teilweise entzogen, kann das nicht zu einer entsprechenden Erweiterung der elterlichen Gewalt der Mutter führen.[10]) Der Gesetzgeber geht hierbei von der Erwägung aus, daß sonst der Zweck der den Vater beschränkenden gesetzlichen Bestimmungen bezw. der Erfolg der vom VG. getroffenen Anordnungen mit Rücksicht auf die Abhängigkeit der Mutter vom Vater und den Einfluß des letzteren auf die Mutter in vielen Fällen vereitelt werde, auch werde eine Störung des ehelichen Friedens herbeigeführt und eine den natürlichen Verhältnissen nicht entsprechende Stellung der Mutter gegenüber dem Vater in Ansehung der Kinder sei die Folge.[11]) Ist z. B. der Vater von der Vermögensverwaltung gemäß § 1638 oder § 1647 kraft Gesetzes ausgeschlossen oder ist sie ihm auf Grund vormundschaftsgerichtlicher Anordnung entzogen (§§ 1666 Abs. 2, 1670), so ist die Mutter ebenso ungeeignet zur Vermögensverwaltung als der Vater. Dies gilt insbesondere auch von der Entziehung der Personenfürsorge nach § 1666 Abs. 1 und der teilweisen Entziehung der Vertretungsbefugnis nach §§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2: Träte die Mutter an die Stelle des durch das VG. ausgeschlossenen Vaters, wäre damit im Hinblick auf den Einfluß, den der Vater normalerweise naturgemäß auf die Mutter ausübt, den Interessen des

---

[7]) Denkschr. a. a. O.; vgl. a. Kochs Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 173; Opet Verwandtschaftsrecht S. 192 f.

[8]) Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen müssen die Ausführungen Blumes (a. a. O. Abs. 5), der das den Eltern gemeinsam zustehende Recht mit dem Miteigentum vergleicht und nach dem die elterliche Gewalt des einen Ehegatten durch die des andern beschränkt wird, als unzutreffend bezeichnet werden.

[9]) Blume § 1666 V.

[10]) Allerdings wird andrerseits die Mutter durch die Schmälerung der elterlichen Gewalt des Vaters in dem ihr nach § 1634 eingeräumten Mitsorgerecht für die Person des Kindes nicht beeinträchtigt, § 1698 garantiert ihr ausdrücklich dieses Recht auch neben dem zu bestellenden Vormund oder Pfleger.

[11]) Mot. S. 806; Denkschr. bei Mugdan S. 1176.

Kindes wenig gedient.[12]) In allen diesen Fällen bedarf es vielmehr der Bestellung eines Ergänzungspflegers bezw. eines Vormundes, nicht ausgeschlossen, aber mit Rücksicht auf die hervorgehobene Abhängigkeit der Mutter vom Vater in vielen Fällen[13]) wenig angezeigt ist jedoch, die Mutter als Pflegerin zu bestellen.

II. Geht die Mutter, der nach § 1685 Abs. 2 die Ausübung der elterlichen Gewalt übertragen worden ist oder der die elterliche Gewalt nach § 1684 zusteht, eine neue Ehe ein, so verliert sie gemäß § 1697 das Recht auf Ausübung der elterlichen Gewalt über ihre Kinder erster Ehe. Dann bedarf es der Bestellung eines Vormundes, der aber hinsichtlich der persönlichen Fürsorge, die der Mutter verbleibt, nur Beistandsrechte hat (§§ 1697 Satz 2, 1696). Zum Vormund kann, falls nicht andre Personen zur Vormundschaft berufen sind (§§ 1776 [insbesondere der Großvater der Kinder väterlicherseits], 1777), auch die Mutter selbst bestellt werden, bedarf jedoch der Zustimmung ihres Ehemannes (§ 1783; vgl. auch §§ 1904, 1903 Abs. 2). Gemäß § 1681 (§ 1686) hat die wiederverheiratete Mutter dem Vormunde des Kindes dessen Vermögen herauszugeben und ihm über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen; ist sie selbst Vormund, muß zum Zwecke der Entgegennahme der Rechenschaftslegung ein Pfleger bestellt werden (§§ 1795 Abs. 2, 181, 1909).[14]) — In diesem Zusammenhange ist auch zu untersuchen, welchen Einfluß die seitens der

---

[12]) vgl. Blume §§ 1638, 5, 1647, 3, 1666 V, 1670, 4a; Staudinger §§ 1630 VI, 5b δ, 1647, 5, 1666 VII, 1670, 5; Planck §§ 1666, 3, 1670, 4a; Neumann §§ 1666 II, 1, 1670, 3a; vgl. a. Mot. S. 811, 739; JG. Bd. 4 S. 413, 420.

[13]) Leben die Ehegatten tatsächlich getrennt, so fällt das Bedenken gegen die Bestellung der Mutter als Pflegerin event. weg; vgl. a. KG. v. 21. 10. 1902, Rechtspr. Bd. 6 S. 58 ff.

[14]) Staudinger § 1697, 3; Planck § 1697, 7; and. A. Blume §§ 1670, 4, 1890, 7 a. E., nach dem die Mutter nicht zur Rechenschaft verpflichtet ist, da ihre Verwaltungsbefugnis nicht aufhöre, sondern nur einen andern Rechtsgrund erhalte, die Mutter habe nur nach § 1802 ein Vermögensverzeichnis anzufertigen. Dem ist zu entgegnen, daß jedenfalls die Beendigung der Verwaltungsbefugnis der Mutter als elterlicher Gewalthaberin eintritt; daß die Mutter die Verwaltung als Vormünderin fortan weiterführt, kann sie von ihrer Rechenschaftspflicht nicht befreien.

geschiedenen Ehefrau eingegangene neue Ehe auf das ihr nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 zustehende Personenfürsorgerecht ausübt. Nach Kleinschmidt[15]) findet die die Rechte der Ehefrau einschränkende Vorschrift des § 1697 auch in diesem Falle Anwendung. Das der Mutter nach § 1635 zustehende Personenfürsorgerecht sei ein residuum der elterlichen Gewalt, daher hätten die Beendigungsgründe der elterlichen Gewalt ihre Bedeutung auch für den nach der Scheidung eintretenden Rechtszustand. Warum solle im Falle der Wiederverheiratung die geschiedene Ehefrau besser gestellt sein als die verwitwete? Im vorliegenden Falle sei nun keine Vormundschaft vorhanden, auch die Anordnung einer solchen nicht zulässig (§ 1773),[16]) es könne aber auch kein Beistand bestellt werden, denn die einzige hierfür in Frage kommende Vorschrift (§ 1687 Ziff. 3) rechtfertige nur dann die Bestellung eines Beistandes, wenn ein „besondrer Grund" vorliege; hier aber handle es sich im Gegensatz zu den dort aufgeführten Fällen um eine gesetzliche Beschränkung des Fürsorgerechts der Mutter.[17]) Es bleibe sonach nur die Bestellung eines Pflegers übrig, der wie ein Beistand die Mutter bei der tatsächlichen Fürsorge für die Person der minderjährigen Kinder zu unterstützen und zu überwachen habe. Demgegenüber ist mit Boschan,[18]) der sich gegen Kleinschmidt wendet, sowie einer Reihe andrer Schriftsteller[19]) in Anlehnung an den nicht mißverständlichen Ausdruck „solange die Ehegatten leben" in § 1635 Abs. 1 Satz 1 daran festzuhalten, daß die in § 1635 Abs. 1 Satz 1 geregelte Verteilung der elterlichen Gewalt unter die geschiedenen Ehegatten erst mit dem Tode eines derselben außer Kraft tritt.[20]) Staudinger und Boschan stützen sich auf

---

[15]) Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 14 f.

[16]) Denn die Kinder stehen unter der elterlichen Gewalt ihres Vaters.

[17]) Eine Beistandschaft würde die volle elterliche Gewalt der Mutter voraussetzen.

[18]) Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 93 f.

[19]) Staudinger § 1635, 10; Planck § 1635, 5; Dernburg S. 272 Anm. 16; Achilles § 1635, 3.

[20]) Mit der Wirkung, daß dann die elterliche Gewalt normalerweise dem überlebenden Ehegatten, auch wenn er für allein schuldig erklärt ist, in vollem

§ 1697 Satz 2. Nach Boschan war diese ausdrückliche Vorschrift erforderlich, weil im übrigen die Mutter durch Eingehung einer neuen Ehe die elterliche Gewalt, soweit sie ihr vorher zustand, verliere, und insoweit enthalte auch § 1697 Satz 2 für unsern Fall die Aufrechterhaltung des in § 1635 Abs. 1 Satz 1 aufgestellten Grundsatzes. § 1697 wolle auch nicht besagen, daß auf alle Fälle der Mutter ein Beistand bestellt werden müsse, sondern bedeute nur, daß, soweit ein Vormund bestellt sei, dieser hinsichtlich der tatsächlichen Personenfürsorge lediglich die Stellung eines Beistandes habe. Daher könne auch nicht von einer Verhinderung der Mutter an der Ausübung des tatsächlichen Personenfürsorgerechts gesprochen werden. Im vorliegenden Falle bewende es vielmehr bei dem alleinigen Personenfürsorgerecht der Mutter. Diesen Ausführungen ist beizustimmen, zumal auch das Ergebnis der Zweckbestimmung des § 1697 nicht zuwiderläuft: § 1697 soll dem Kinde durch die Bestellung eines Vormundes Sicherheit verschaffen gegen die Gefahren, die ihm aus der neuen Abhängigkeit der Mutter von ihrem zweiten Manne und aus dessen Überlegenheit über die Mutter erwachsen können.[21]) Diese Gefahr besteht aber hier nicht, da das Kind noch unter der elterlichen Gewalt seines Vaters steht. Ist dieser insoweit verhindert oder vernachlässigt er seine Pflichten, insbesondere diejenigen, die sich aus seiner Vertretungsbefugnis in den persönlichen Angelegenheiten des Kindes ergeben, so wird das VG. Veranlassung haben, ihm den Rest seines Personenfürsorgerechtes nach § 1666 Abs. 1 zu entziehen. Dann steht der zu bestellende Pfleger der Mutter zur Seite.[22]) Gegen die von Kleinschmidt für allein zulässig erklärte Pflegschaft würde übrigens auch der Umstand sprechen, daß die Mutter nicht Inhaberin der elterlichen Gewalt ist. Es fehlt sonach an allen Voraussetzungen für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft.

Umfange zusteht, Denkschr. bei Mugdan S. 1171; Planck § 1635, 2; Fischer-Henle § 1635, 3; Achilles a. a. O.

[21]) Mot. S. 833; Prot. Bd. 4 S. 647.

[22]) So auch Boschan a. a. O.

§ 12.

Die Pflegschaft über Ausländer.

Die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft steht regelmäßig nur dem Staate zu, dem der des Schutzes Bedürfende angehört. Hiervon trifft jedoch Art. 23 EG. Ausnahmen, indem er in Abs. 1 die Anordnung einer inländischen Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer für zulässig erklärt, falls dieser nach den Gesetzen seines Staates der Fürsorge bedarf oder im Inlande entmündigt ist, sofern nicht der ausländische Staat die Fürsorge übernimmt. Diese Vorschrift findet vor allem dann Anwendung, wenn es sich um Rechtsgeschäfte in Ansehung des in Deutschland befindlichen Grundbesitzes solcher Schutzbefohlener handelt, die in England oder den Vereinigten Staaten von Nordamerika staatsangehörig sind. Das englische und das nordamerikanische Recht erkennen nämlich hinsichtlich unbeweglicher Sachen ausschließlich die lex rei sitae als maßgebend an,[1]) mit der Maßgabe, daß die nach ausländischem Recht bestehende Legitimation des gesetzlichen Vertreters — elterliche Gewalt, Vormundschaft, Pflegschaft — in ihrem Staate nicht anerkannt wird, soweit in England bezw. Nordamerika gelegener Grundbesitz in Frage kommt. Umgekehrt stehen aber auch das englische und das nordamerikanische Recht konsequenterweise auf dem Standpunkt, daß das Recht des nach den Gesetzen ihres Landes bestellten Vormundes bezw. des elterlichen Gewalthabers zur Vertretung des Schutzbefohlenen sich nicht auf Grundstücke außerhalb Englands bezw. Nordamerikas erstreckt. Es muß daher für die in Deutschland gelegenen Grundstücke z. B. im Falle ihrer Veräußerung den hieran beteiligten Schutzbefohlenen englischer oder nordamerikanischer Staatsangehörigkeit ein Pfleger bestellt werden, der unter Beschränkung seines Wirkungskreises auf die in Deutschland gelegenen Immobilien neben den englischen bezw. nordamerikanischen gesetzlichen Vertreter als Vertreter dieser Schutzbefohlenen tritt.[2])

[1]) v. Bar in Holtzendorffs Enzyklopädie Bd. 2 S. 43 ff.; Plotke R. 1903 S. 200 f.; s. insbes. die daselbst abgedruckten eingeholten englischen und amerikanischen Gutachten. Für Amerika s. a. Sieveking, Zbl. Bd. 10 S. 28 ff.

[2]) Staudinger Art. 23, 3c; Planck Art. 23, 7a; Schultzenstein-Köhne § 1793, 4; LG. Darmstadt v. 9. 9. 1907, Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 13;

Hier handelt es sich sonach um eine wegen rechtlicher Verhinderung des ausländischen gesetzlichen Vertreters angeordnete inländische Ergänzungspflegschaft. Sofern die Grundstücksrechte der ausländischen Schutzbefohlenen durch Veräußerung untergehen und an deren Stelle andre Vermögenswerte treten, werden diese von der durch den ausländischen gesetzlichen Vertreter repräsentierten Fürsorge ergriffen. Insbesondere zur Einziehung des aus dem Verkaufe eines inländischen Grundstückes dem ausländischen Mündel zustehenden Erlöses ist sonach der ausländische gesetzliche Vertreter befugt.[3]) — Nach Art. 23 Abs. 2 kann das deutsche VG. auch vorläufige Maßregeln treffen, solange eine Vormundschaft oder Pflegschaft noch nicht angeordnet ist. So kann z. B. im Falle tatsächlicher Verhinderung des ausländischen gesetzlichen Vertreters das deutsche VG. (Zuständigkeit: § 44 FGG.) dem im Auslande bevormundeten ausländischen Mündel für seine im Inlande zu besorgenden Angelegenheiten einen Pfleger bestellen, bis der ausländische gesetzliche Vertreter Kenntnis erlangt.[4]) Ist der im Auslande bevormundete Mündel ein Deutscher (vgl. § 47 FGG.), so rechtfertigt sich eine derartige Pflegerbestellung aus § 1846.[5]) An dem oben dargelegten Rechtszustand in Ansehung ausländischen Grundbesitzes ist auch durch das Haager Internationale Abkommen v. 12. 6. 1902 (RGBl. 1904 S. 240)[6]) nichts geändert worden. Dieses bestimmt zwar in Art. 6, daß die vormundschaftliche Verwaltung sich wie auf die Person, so auch auf das gesamte Vermögen des Schutzbefohlenen zu erstrecken habe, gleichgültig wo sich dieses befindet. Diesem Abkommen sind je-

---

KG. v. 23. 2. 1902, Rechtspr. Bd. 5 S. 100 u. KG. v. 23. 7. 1902, RJA. Bd. 3 S. 113; Plotke a. a. O.

[3]) KG. v. 23. 7. 1902 a. a. O.; Plotke a. a. O. S. 201.

[4]) Planck § 1909, 2b. Nach Art. 7 des nachstehend erwähnten Haager Abkommens kann das deutsche VG. (§ 44 FGG.) auch bei bereits bestehender ausländischer Pflegschaft die im Interesse der Erhaltung und Verwaltung des im Inlande befindlichen Vermögens eines ausländischen Schutzbefohlenen erforderlichen vorläufigen Maßregeln treffen, insbesondere auch einen inländischen Pfleger bestellen. Art. 7 des Haager Abkommens geht sonach über Art. 23 Abs. 2 EG. hinaus; vgl. a. Planck Art. 23, 10f; KG. v. 19. 12. 1907, Jahrb. Bd. 35 A S. 14ff.

[5]) Planck Art. 23, 8.

[6]) Abgedruckt auch bei Achilles zu Art. 23 S. 1036.

doch weder die Vereinigten Staaten von Nordamerika noch England beigetreten.[7])

§ 13.

Die Verhinderung des gesetzlichen Vertreters bei bestehender Gegenvormundschaft, Mitvormundschaft oder Beistandschaft. Die Verhinderung des Gegenvormundes, Beistands und Ergänzungspflegers.

Der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf es im Falle der Verhinderung des Vormundes auch dann, wenn ein Gegenvormund bestellt ist, nicht etwa rückt dieser ohne weiteres an die Stelle des verhinderten Vormundes, wennschon er zum Pfleger bestellt werden kann. Denn der Gegenvormund hat lediglich den Vormund zu beaufsichtigen (§ 1799) und durch Erteilung seiner Genehmigung bei gewissen Rechtsgeschäften mitzuwirken (§§ 1809 f., 1812), dagegen ist er nicht befugt, selbsttätig in die Verwaltung der Vormundschaft einzugreifen, da er keine selbständige Vertretungsbefugnis besitzt.[1]) Das Gleiche gilt, wenn die Mutter die elterliche Gewalt ausübt bezw. ihr diese zusteht, im Falle ihrer Verhinderung hinsichtlich des etwa bestellten Beistandes. Auch er ist nicht selbständig, nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes. Die Mutter ist es, die die elterliche Gewalt ausübt und der insbesondere die Vertretung des Kindes zukommt, der Beistand hat nur „die Mutter bei Ausübung der elterlichen Gewalt zu unterstützen und zu überwachen" (§ 1689).

Wird die Vormundschaft von mehreren Vormündern geführt (§ 1797) und hat das VG. nicht die Vormundschaft unter sie nach bestimmten Wirkungskreisen verteilt (§ 1797 Abs. 2), so führen die mehreren Vormünder die Vormundschaft gemeinsam (§ 1797 Abs. 1 Satz 1), d. h. sie können nur in ihrer Gesamtheit wirksam

---

[7]) vgl. a. KG. v. 15. 10. 1908, RJA. Bd. 10 S. 1 ff.

[1]) Planck § 1799, 2; Schultzenstein-Köhne § 1909, 4; Breit in Seufferts Bl. Bd. 73 S. 845; Bingel, Diss. S. 4 f.; Fischer-Henle § 1792, 1; Böhm S. 178; RG. v. 18. 2. 1901, JurW. 1901 S. 268 Nr. 42; KG. v. 16. 1. 1903, RJA. Bd. 4 S. 74; vgl. a. KG. v. 14. 3. 1887, Jahrb. Bd. 7 S. 58 (für die preuß. VormO. § 86).

handeln.[2]) Sie haben eine der Gesamtvertretung mehrerer Gesellschafter bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 125 Abs. 2 Satz 1 HGB.) ähnliche Kollektivvertretungsmacht.[3]) Daraus folgt, daß auch im Falle der Verhinderung nur eines Mitvormundes die Bestellung eines Pflegers erforderlich ist, es sei denn, daß der tatsächlich verhinderte Mitvormund seinen Mitvormund bezw. seine Mitvormünder zur Vornahme der betreffenden Handlung bevollmächtigt.

Die entsprechende Anwendung des in § 1909 Abs. 1 Satz 1 enthaltenen Prinzips, daß der Rechtsgrund der Vormundschaft bei deren teilweisem Versagen stets auch den Grund für eine Pflegschaft bildet,[4]) auf die Ergänzungspflegschaft (§ 1915) ergibt, daß der Rechtsgrund einer Ergänzungspflegschaft immer zugleich den Rechtsgrund für eine speziellere neben der Hauptergänzungspflegschaft bestehende Unterpflegschaft für solche Fälle bilden kann, in denen die Hauptpflegschaft aus einem tatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht ausreicht.[5]) In der Praxis dürfte es sich allerdings in einem derartigen Falle, zumal wenn der Wirkungskreis sich nur auf die Angelegenheit allein erstreckt, an deren Erledigung der Hauptpfleger verhindert ist, empfehlen, den Hauptpfleger zu entlassen (§§ 1886, 1915) und einen andern Ergänzungspfleger an seine Stelle zu setzen. Das Gesagte gilt entsprechend von dem verhinderten Beistand, soweit ihm die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen ist, denn insoweit hat er die Stellung eines Pflegers (§ 1693).[5]) Dagegen ist die Bestellung eines Pflegers für einen verhinderten Beistand ohne Vermögensverwaltung oder einen verhinderten Gegenvormund unzulässig.[5]) Das ergibt auch die Fassung von § 1909: hier ist nur von der Verhinderung des elterlichen Gewalthabers oder Vormundes die Rede, also der des gesetzlichen Vertreters; Beistand ohne Vermögensverwaltung und

---

[2]) Fischer-Henle § 1797, 1.

[3]) Planck § 1797, 1 Abs. 2.

[4]) vgl. Einleitung Anm. 14.

[5]) Staudinger Vorbem. 2d vor § 1909, 9; Planck § 1909, 3; Fuchs § 1909, 10; Dernburg S. 449 Anm. 7; Blume § 1909 II, 1c; Neumann Vorbem. 3 vor § 1909; Schultzenstein § 1909, 4; d'Alleux, Diss. S. 21; and. A. nur Böhm S. 178.

Gegenvormund sind aber, wie bereits hervorgehoben, keine gesetzlichen Vertreter des Schutzbefohlenen, sondern Kontrollorgane für den gesetzlichen Vertreter. Fuchs[6]) hebt hervor, daß, soweit sich die rechtliche Verhinderung des Gegenvormundes auf die Genehmigung von Rechtsgeschäften beziehe, die Genehmigung des Gegenvormundes durch die des VG. ersetzt werde. Dies gilt aber auch bei tatsächlicher Verhinderung des Gegenvormundes[7]): aus der Fassung und dem Sinne der den Ersatz der Genehmigung des Gegenvormundes durch die des VG. aussprechenden §§ 1810, 1812 läßt sich deren Anwendbarkeit nur auf die Fälle rechtlicher Verhinderung des Gegenvormundes nicht entnehmen. Fuchs[6]) begründet die Unzulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für den verhinderten Gegenvormund in treffender Weise, weist auch darauf hin, daß in den Fällen, in denen das Gesetz die Mitwirkung eines Gegenvormundes vorschreibe, wenn ein solcher vorhanden oder zu bestellen sei (§§ 1836 Abs. 2, 1842 Satz 1, 1854 Abs. 2 Satz 1), der Verhinderung des Gegenvormundes auf andere Weise abgeholfen werden könne.[8])

§ 14.

Die Unzulässigkeit der Pflegschaft bei allgemeinem Fürsorgebedürfnis.

Im Gegensatze zur elterlichen Gewalt und Vormundschaft, die grundsätzlich die allgemeine Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes bezwecken, beschränkt sich die Pflegschaft ihrem Wesen nach auf besondere Angelegenheiten, sei es auf einzelne oder auf einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten.[1]) Daraus ergibt sich folgendes: Wenn die Gewalt des Vaters ruht und die Mutter tot ist oder die Mutter zwar noch lebt, die Ehe aber aufgelöst und die Gewalt der Mutter nicht übertragen ist, oder wenn die elterliche Gewalt der Mutter ruht,[2]) so steht das

---

[6]) a. a. O.

[7]) So auch Planck a. a. O.; Fischer-Henle § 1810, 2; auch Schultzenstein-Köhne spricht schlechthin von Verhinderung des Gegenvormundes (§ 1909, 4).

[8]) § 1842, 2.

[1]) Mot. S. 1044 Abs. 2, S. 1252 Abs. 1.

[2]) vgl. oben § 11.

Kind zwar noch unter elterlicher Gewalt des Vaters bezw. der Mutter, dem elterlichen Gewalthaber fehlt aber die Befugnis zur Vertretung des Kindes sowohl in den die Person als auch das Vermögen des Kindes betreffenden Angelegenheiten.[3]) In diesen Fällen genügt nicht die Bestellung eines Pflegers, da dieser zur allgemeinen Fürsorge nicht imstande ist, es bedarf vielmehr der Anordnung einer Vormundschaft,[4]) wie dies auch § 1773 Abs. 1 ausdrücklich hervorhebt. Das Gleiche gilt, wenn z. B. die in § 1666 statuierten Entziehungsmaßregeln nebeneinander treten, wenn also dem Gewalthaber sowohl die Sorge für die Person (§ 1666 Abs. 1) als auch die Vermögensverwaltung (§ 1666 Abs. 2) vom VG. entzogen ist, oder wenn dem Gewalthaber, der wegen der Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen von der Verwaltung des Kindesvermögens kraft Gesetzes ausgeschlossen ist (§ 1647 Abs. 1), die Personenfürsorge auf Grund von § 1666 Abs. 1 genommen wird. Im letzteren Falle ist zu beachten, daß der zur Vermögensverwaltung bestellte Pfleger zu entlassen ist, da an seine Stelle der zu bestellende Vormund tritt. Dasselbe gilt in dem ersten Falle, wenn die in § 1666 statuierten Maßregeln nicht gleichzeitig getroffen sind und das Kind bereits einen Pfleger erhalten hatte. Ist dagegen die Fürsorgebefugnis nur beschränkt, wird z. B. dem gemäß § 1638 von der Verwaltung zugewendeten Vermögens kraft Gesetzes ausgeschlossenen Gewalthaber die Personenfürsorge entzogen, oder wird dem in Konkurs gefallenen Gewalthaber die gesetzliche Vertretung hinsichtlich einzelner die Person des Kindes betreffender Angelegenheiten, z. B. hinsichtlich der Stellung eines Strafantrags wegen eines am Kinde verübten Antragsdeliktes, sei es unter den Voraussetzungen von § 1796 oder § 1666 Abs. 1 entzogen, so bedarf es nicht der Bestellung eines Vormundes. Es genügt die Bestellung eines Pflegers, sei es daß der Wirkungskreis des bestellten Pflegers entsprechend

---

[3]) Für die tatsächliche Personenfürsorge sind §§ 1676 Abs. 2, 1696, 1698 zu beachten.

[4]) vgl. a. Staudinger § 1773, 2 u. 1; Planck § 1773, 2; Endemann S. 705; Fuchs § 1773 III; Böhm, Gruchot Bd. 41 S. 561, je auch für das Folgende.

erweitert, sei es daß ein weiterer Pfleger bestellt wird (vgl. a. §§ 1797 Abs. 2, 1915).

Daß es der Anordnung einer Vormundschaft und nicht einer Pflegschaft bedarf, wenn während der Ehe der Vater[5]) oder nach Auflösung der Ehe beide Eltern die elterliche Gewalt verwirken (§ 1680),[6]) braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden, denn dann steht das Kind nicht mehr unter elterlicher Gewalt. Das Gleiche gilt, wenn die Ehe der Eltern nichtig ist, sofern beiden Eltern die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt und die Ehe für nichtig erklärt, oder wenn die formell nichtige Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen war (§§ 1699 ff.), sowie wenn das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Annehmenden und dem Kinde aufgehoben wird (§§ 1768 ff.),[7]) auch wenn die leiblichen Eltern des Kindes noch leben, denn deren elterliche Gewalt lebt nicht wieder auf (§ 1765).

§ 15.

Überblick über das Gebiet der rechtlichen Verhinderung. Einzelne Fragen.

Wie bereits mehrfach hervorgehoben, kann die Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters unmittelbar kraft Gesetzes oder infolge vormundschaftsgerichtlicher Entziehung ausgeschlossen sein. Andrerseits kann eine rechtliche Verhinderung in rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung vorliegen, je nachdem sich die rechtliche Verhinderung auf die Vertretungsbefugnis oder die Sorge für Person oder Vermögen des Schutzbefohlenen erstreckt. Da jedoch die gesetzliche Vertretungsmacht Ausfluß der Sorge für Person und Vermögen ist (vgl. oben Einleitung S. 1), ergibt sich aus dem

---

[5]) Daß in diesem Falle nicht die elterliche Gewalt der Mutter zusteht, ergibt sich aus dem oben S. 58 f. Gesagten; vgl. a. Mot. S. 840.

[6]) Dem trägt auch die Fassung von § 1698 Rechnung. Unrichtig nur Scherer § 1684, 1, nach dem ein Pfleger die elterliche Gewalt ausüben soll.

[7]) Insbes. bei einer Heirat zwischen den durch die Annahme an Kindesstatt verbundenen Personen (§§ 1771 Abs. 1, 1311). Ist die Ehe nicht bloß formell nichtig, tritt nach § 1771 Abs. 2 Verwirkung der elterlichen Gewalt des Annehmenden ein.

Ausschluß der tatsächlichen Fürsorge auch zugleich der der Vertretungsmacht.

1. Kraft Gesetzes ist ausgeschlossen
   a) die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters gemäß §§ 1795, 181, 1630 Abs. 2 Satz 1;[1])
   b) die gesamte Verwaltungsbefugnis des Gewalthabers in Ansehung des Kindesvermögens im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gewalthabers (§ 1647), die Befugnis zur Verwaltung des dem Kinde oder Mündel zugewendeten Vermögens unter den Voraussetzungen der §§ 1638, 1909 Abs. 1 Satz 2.
2. Andrerseits wird das VG. vom Gesetze ermächtigt, unter gewissen Voraussetzungen die Gewalt des gesetzlichen Vertreters in bestimmtem Umfange zu beschränken. Diese vormundschaftsgerichtliche Entziehung kann sich erstrecken
   a) auf die Vertretungsbefugnis hinsichtlich einzelner Angelegenheiten oder eines Kreises von Angelegenheiten (§§ 1796, 1630 Abs. 2 Satz 2) oder auf die Vertretungsbefugnis in den persönlichen Angelegenheiten des Schutzbefohlenen, sei es ihrem gesamten Inhalte nach oder nur in einzelnen Beziehungen (§ 1666 Abs. 1);
   b) auf die persönliche Fürsorge (§ 1666 Abs. 1); bei Vorliegen einer Vormundschaft auf die religiöse Erziehung, falls der Vormund einem andern Religionsbekenntnis angehört als das Mündel (§ 1801);
   c) auf die Vermögensverwaltung (§§ 1666 Abs. 2, 1670).[2])

---

[1]) Das in §§ 1641, 1804 für den gesetzlichen Vertreter statuierte Schenkungsverbot hat außer Betracht zu bleiben. Schenkungen im Namen des Schutzbefohlenen zu machen, ist der gesetzliche Vertreter, soweit er durch die Schenkung nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht genügt, schlechthin nicht in der Lage. Hier besteht im Interesse der Erhaltung des Mündelvermögens eine absolute, nicht etwa nur in der Person des gegenwärtigen gesetzlichen Vertreters vorhandene rechtliche Unfähigkeit, die also auch nicht durch die Bestellung eines Pflegers behoben werden kann.

[2]) § 1670 findet auch auf den Gewalthaber eines für ehelich erklärten Kindes und den Annehmenden, der die elterliche Gewalt über das Kind hat, im Falle

Die unter 2. genannten Maßnahmen richten sich, abgesehen von den Vorschriften der §§ 1796, 1801, nur gegen den elterlichen Gewalthaber, nicht dagegen auch gegen den Vormund. Das hat seinen Grund darin, daß das VG. einerseits gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes bereits auf Grund von § 1837 kraft seines Aufsichtsrechtes durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten und andrerseits, da die Vormundschaft keine natürliche Grundlage wie die elterliche Gewalt hat, den Vormund zu entlassen hat, wenn die Fortführung des Amtes insbesondere wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Vormundes das Interesse des Mündels gefährden würde, oder wenn in der Person des Vormundes einer der im § 1781 genannten Untauglichkeitsgründe vorliegt. Mit Rücksicht auf die letztere Bestimmung bedarf es auch nicht einer dem § 1647 entsprechenden Vorschrift für das Vormundschaftsrecht, denn verfällt der Vormund in Konkurs, so ist er nach § 1781 Ziff. 3 zur Führung der Vormundschaft untauglich und zu entlassen. Eine dem § 1666 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Bestimmung enthält allerdings auch das Vormundschaftsrecht, indem es in § 1838 die Zwangserziehung auch über Mündel für zulässig erklärt. Hierbei ist aber zu beachten, daß die Vorschrift des § 1838, wie sich aus einer Vergleichung von § 1838 mit § 1837 ergibt, im Gegensatz zu § 1666 Abs. 1 [3]) ein Verschulden des Vormundes nicht voraussetzt.

---

ihrer beabsichtigten Wiederverheiratung Anwendung (§§ 1740, 1761). Verletzt der Annehmende die ihm in Ansehung des Vermögens des angenommenen Kindes obliegende Inventarisierungspflicht (§ 1760 Abs. 1), so kann ihm das VG. gleichfalls die Vermögensverwaltung entziehen (§ 1760 Abs. 2).

[3]) Daß § 1666 Abs. 1 ein Verschulden des Gewalthabers voraussetzt, kann als die herrschende Ansicht bezeichnet werden. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich einerseits aus der Fassung der Vorschrift: „Mißbrauch", Vernachlässigung", „ehrloses oder unsittliches Verhalten", andrerseits auch aus der Entstehungsgeschichte. E. II hatte in § 1557 Abs. 1 Satz 2 die Anwendbarkeit des dem § 1666 Abs. 1 BGB. im wesentlichen entsprechenden § 1546 E. I auch auf solche Fälle ausgedehnt, in denen es sich um eine vom Gewalthaber nicht verschuldete sittliche Verwahrlosung des Kindes handelt und nach der Persönlichkeit und den Lebensverhältnissen des Vaters dessen Erziehungsgewalt zur Besserung des Kindes nicht ausreicht (Prot. bei Mugdan S. 988 f.). Diese Bestimmung war von der Reichstagskommission gestrichen, dagegen der Landesgesetzgebung das Recht eingeräumt worden, die Zwangserziehung anzuordnen, auch ohne daß ein Verschulden des Gewalthabers vorliege (Komm.-Ber.

Eine dem § 1638 entsprechende Vorschrift, daß der Vormund unmittelbar auf Grund der Anordnung des Zuwendenden und nicht erst mit der Bestellung des Pflegers (§ 1794) von der Verwaltung des dem Mündel zugewendeten Vermögens ausgeschlossen sein soll, fehlt.[4]) Hinsichtlich des Ausschlusses des Vormundes von der Verwaltung zugewendeten Vermögens war sonach die Vorschrift des § 1909 Abs. 1 Satz 2 erforderlich. Hinsichtlich des Ausschlusses des Gewalthabers ist diese Vorschrift dagegen nur eine Konsequenz des in § 1909 Abs. 1 Satz 1 ausgesprochenen Prinzips in Verbindung mit der Vorschrift des § 1638. Wenn der den Ausschluß des elterlichen Gewalthabers betreffende Fall mit in die Bestimmung des § 1909 Abs. 1 Satz 2 aufgenommen wurde, so geschah das lediglich, um einem unrichtigen argumentum e contrario zu begegnen und das Gesetz verständlich zu machen (Mot. S. 1254).

II. Die wichtigste der genannten Gesetzesbestimmungen ist die des § 1795 juncto § 1630 Abs. 2 Satz 1, die in engem Zusammenhang mit § 181 steht, dessen Grundgedanken sie für das Vormundschafts- bezw. Verwandtschaftsrecht weiter ausbaut und dessen

---

bei Mugdan S. 1261). Letztere Befugnis wurde im Reichstage dahin eingeschränkt, daß die landesrechtlich angeordnete Zwangserziehung nur zulässig sein solle, wenn sie zur Verhütung der völligen sittlichen Verderbnis des Kindes erforderlich sei (Stenogr. Ber. daselbst S. 1381 ff.). Die Richtigkeit der herrschenden Ansicht ergibt sich auch gerade aus der einschränkenden Vorschrift des § 1838 Satz 2. Vgl. neuerdings auch KG. v. 23. 1. 1907, Jahrb. Bd. 33 A S. 14; v. 14. 5. 1908, Schl. Holst. Anz. 1909 S. 112. Die gegnerische Ansicht wird insbes. vertreten von Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 366; Blume § 1666 I, 3; Opet, Verwandtschaftsrecht S. 203.

[4]) Für den Gesetzgeber war insbes. bestimmend die Erwägung, daß ein unmittelbarer Ausschluß des Vormundes zu großen Nachteilen für das Mündel führen könne, während der nach § 1638 unmittelbar ausgeschlossene Gewalthaber bei Gefahr im Verzuge vom Interesse des Kindes geleitet, viel leichter sich der einstweiligen Verwaltung des zugewendeten Vermögens als Geschäftsführer ohne Auftrag unterziehen werde als ein dem Mündel fernstehender Vormund (Mot. S. 760). Dieser Gesichtspunkt wird vom OLG. Braunschweig im Beschl. v. 8. 5. 1908 (Seufferts Arch. Bd. 63 S. 641) übersehen, wonach der Vater auch dann nicht die Sicherstellung der seinen Kindern angefallenen Erbschaft soll betreiben können, wenn den Kindern ein Pfleger noch nicht bestellt ist.

Anwendbarkeit sie in § 1795 Abs. 2 ausdrücklich garantiert, soweit sich nicht aus Abs. 1 etwas anderes ergibt.

1. Nach §§ 1795 Abs. 2, 181 ist die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters ausgeschlossen bei Rechtsgeschäften zwischen dem Schutzbefohlenen und dem gesetzlichen Vertreter selbst sowie bei Rechtsgeschäften zwischen dem Schutzbefohlenen und anderen Personen, deren gesetzlicher oder bevollmächtigter Vertreter der gesetzliche Vertreter des Schutzbefohlenen ist. Ein Unterschied zwischen einseitigen und zweiseitigen Rechtsgeschäften besteht nicht, denn die Gefährdung der Interessen des Schutzbefohlenen, der das Gesetz vorbeugen will, kann auch bei einseitigen Rechtsgeschäften eintreten (Oberst. LG. v. 30. 7. 1904, E. bayr. Bd. 5 S. 414, v. 30. 6. 1908 daselbst Bd. 9 S. 413; Planck § 1795, 1 a). Hinsichtlich der einseitigen Rechtsgeschäfte besteht nur das Erfordernis, daß sie empfangsbedürftig sind, denn dann sind beide Kontrahenten bei Vornahme des Rechtsgeschäfts beteiligt, wenn auch die Tätigkeit des einen eine rein rezeptive ist. Zu den einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften gehört auch die Zustimmungserklärung. Sonach kann der gesetzliche Vertreter zu einem Rechtsgeschäft, das er vorgenommen hat oder vornehmen will, sich nicht selbst die Zustimmung erteilen. Für die Zustimmung besteht nun aber die Besonderheit, daß sie nicht nur demjenigen, dessen Handlung der Zustimmung bedarf, sondern auch seinem Vertragsgegner erklärt werden kann (§ 182), ja sogar letzterem erklärt werden muß, falls er den zur Erteilung der Zustimmung Verpflichteten zur Erklärung auffordert (§§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 1396 Abs. 2). Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, daß der gesetzliche Vertreter den § 181 dadurch umgehen könne, daß er die Zustimmung nicht sich selbst, sondern dem andern Vertragsteil erklärt. Eine derartige Zustimmung wäre keine Zustimmung im Sinne des Gesetzes. Eine Zustimmung kann immer nur zu einem von einer „dritten", d. h. einer fremden, von der zur Zustimmung legitimierten verschiedenen Person vorzunehmenden bezw. vorgenommenen Rechtsgeschäfte erteilt werden. Derjenige, dem die Erteilung der Zustimmung zusteht, darf nicht bei der Vollziehung des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäftes selbst tätig sein (vgl. Hölder § 182, 2 a. Anf.). Einem Rechtsgeschäfte, das man selbst

vornimmt, kann man nicht seine Zustimmung erteilen, man kann es nur bestätigen (Staudinger § 182, 2), wie man etwa einen mündlich abgeschlossenen Vertrag schriftlich bestätigt.[4a]) Die Frage kann nur praktisch werden, wenn dieselbe Person infolge einer von ihr eingenommenen Doppelstellung sowohl beim zustimmungsbedürftigen Hauptgeschäft tätig zu werden als auch die Zustimmung selbst zu erteilen hätte, in beiden Fällen sei es kraft eigenen Rechts oder als Vertreter. Dies trifft zu in den bereits oben in § 5 berührten Fällen, wenn der Ehemann zugleich Vormund seiner Ehefrau ist und es sich um ein Verfügungsgeschäft in Ansehung des eingebrachten Gutes handelt, zu dem der Ehemann der Zustimmung der Ehefrau bedürfen würde (§ 1375).

Hier hätte der Ehemann als Vormund zu einem von ihm als Ehemann vorzunehmenden bezw. vorgenommenen Rechtsgeschäfte die Zustimmung zu erteilen. Ebenso läge der Fall, wenn die Ehefrau unter elterlicher Gewalt oder der Vormundschaft eines Dritten stünde und der Ehemann dem gesetzlichen Vertreter gegenüber in Ansehung des eingebrachten Gutes ein zustimmungsbedürftiges Verfügungsgeschäft vornehmen, wenn er z. B. ein von seiner Ehefrau eingebrachtes Grundstück an deren Vormund veräußern wollte. In beiden Fällen würde die vom Vormund erteilte Zustimmung unwirksam sein,[5]) denn sie wäre

---

[4a]) vgl. a. die für die Bestätigung nichtiger oder anfechtbarer Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften (§§ 141, 144).

[5]) Nach der herrschenden Ansicht sind die entgegen §§ 181, 1795, 1796 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht nichtig, sondern wegen Überschreitung der Vertretungsmacht unwirksam und genehmigungsfähig (§§ 177 ff.). Vgl. Hölder § 181, 1 a. E; Dernburg Bd. 1 § 170 II; Enneccerus Bd. 1 S. 428; Fuchs §§ 1795, 3 I a, 1796, 4; Staudinger §§ 1795, 4 a, 1796, 2; Windscheid-Kipp Bd. 3 S. 157 ff.; and. A. Planck §§ 181, 3, 1795, 3; Blume § 1795, 3; Endemann § 222 Anm. 24. Für die Nichtigkeit der entgegen § 181 vom gesetzlichen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte spricht sich auch Staudinger § 181, 5 aus, da es eines zur Genehmigung fähigen Subjektes ermangle. Er übersieht, daß der nach § 1909 zu bestellende Pfleger die Genehmigung erteilen kann. So auch Hesse § 1795, 1. Die herrschende Ansicht wird in der Judikatur neuerdings vertreten vom OLG. Hamburg v. 22. 1. 1909, Hans. GZ. 1909 Beil. 157; insbesondere aber vom RG. v. 4. 11. 1903, E. Bd. 56 S. 104; v. 6. 11. 1907, E. Bd. 67 S. 51; v. 9. 11. 1907, E. Bd. 67 S. 61; v. 26. 2. 1908, E. Bd. 68 S. 37; v. 13. 5. 1909, E. Bd. 71 S. 163 (Plenarbeschl.).

im Hinblick darauf, daß der Vormund bereits in anderer Eigenschaft — in dem einen Falle als Ehemann, in dem andern als Käufer — an dem zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte als Vertragspartei beteiligt ist, nicht die Zustimmung eines Dritten. Jede ehemännliche Verfügung über eingebrachtes Gut beeinträchtigt das Recht der Ehefrau am eingebrachten Gut; es bedarf daher in der Regel (Ausnahme § 1376) ihrer Zustimmung bezw. der ihres gesetzlichen Vertreters. Dieser hat die Angemessenheit des vom Ehemann vorgenommenen bezw. vorzunehmenden Rechtsgeschäfts zu prüfen, insbesondere im Interesse der Erhaltung des eingebrachten Guts darauf zu sehen, daß das an Stelle des durch die ehemännliche Verfügung aus dem eingebrachten Gute ausscheidenden Vermögensobjektes tretende Äquivalent ein entsprechendes ist. Verletzt der Vormund diese Prüfungspflicht, so haftet er seinem Mündel nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen (§ 1833). Zu einer unbefangenen Prüfung der Frage, ob er als Vormund seine Zustimmung zu dem vom Ehemann vorzunehmenden oder vorgenommenen Rechtsgeschäfte erteilen kann, ist aber der gesetzliche Vertreter, der zugleich — um bei dem angeführten Beispiel zu bleiben — Käufer ist oder das Rechtsgeschäft als Ehemann vornimmt, nicht in der Lage: für den Vormund als Käufer kann der Grundstückskauf nur dann vorteilhaft sein, wenn der Kaufpreis möglichst niedrig bemessen wird, in seiner Eigenschaft als Vormund muß er im Interesse des Mündelvermögens auf einem möglichst hohen Kaufpreise bestehen. Andererseits bedeutet für den Ehemann das Erfordernis der eheweiblichen Zustimmung eine Schranke seines Verwaltungsrechts, die errichtet ist, um eine Gefährdung des eingebrachten Gutes durch ungeeignete Verfügungen des Ehemannes zu verhüten. Könnte der Ehemann selbst als Vormund die Zustimmung erteilen, so würde die ihm als Ehemann gezogene Schranke illusorisch sein. Der bestehende Interessengegensatz wird sonach durch die in dem Wesen der Zustimmung begründete Möglichkeit, die Zustimmung auch dem Vertragsgegner erklären zu können, nicht aufgehoben. Ebenso liegt der Fall, wenn das Mündel mit seinem Vormunde die Ehe eingehen will. Die Zulässigkeit einer derartigen Ehe steht, nachdem der entgegenstehende § 37 des Personenstandsgesetzes durch

Art. 46 EG. aufgehoben ist, außer Zweifel. Zum Eheschließungsvertrag (§ 1317) bedarf das Mündel nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 107 ff.) der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, und zwar hat diese Zustimmung kraft der besonderen Vorschrift des § 1304 als Einwilligung zu erfolgen. Das Erfordernis der Einwilligung dient zum Schutze des Mündels gegen eine leichtsinnige und übereilte Ehe, und dieser Schutz ist um so mehr angezeigt, als bei der Eheschließung die Gefahr, daß Besonnenheit und Überlegung durch die Leidenschaft beeinträchtigt werden, besonders naheliegt (Mot. S. 11). Dies gilt nicht nur vom Mündel, sondern auch vom Vormund. Zu einer Prüfung der Frage, ob die Eingehung der Ehe im Interesse des Mündels liegt, ist der Vormund, wenn er selbst mit dem Mündel die Ehe eingehen will, schlechterdings nicht in der Lage.[6])

Das gewonnene Ergebnis, daß es in den vorerwähnten Fällen zur Abgabe der Zustimmungserklärung der Bestellung eines Pflegers bedarf, läßt sich auch auf folgende Art begründen: Die Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Erteilung der Zustimmung entspringt, wie die Befugnis des gesetzlichen Vertreters zur Vornahme eines jeden anderen Rechtsgeschäfts, der Vertretungsbefugnis. Die Zustimmung ist nun zwar ein selbständiges Rechtsgeschäft,[7]) nicht etwa nur ein Bestandteil des zustimmungsbedürftigen Hauptgeschäfts — was sich schon darin zeigt, daß sie nicht den für das Hauptgeschäft bestehenden formellen Vorschriften unterliegt (§ 182 Abs. 2) —, sie steht aber trotz ihrer Selbständigkeit in engstem Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft, sie ist eine Bedingung seiner Existenz (Hölder § 182, 1 a. Anf.). Wie nun niemand normalerweise an einem Rechtsgeschäft für beide Vertragsparteien mitwirken kann, gilt das in Ansehung des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts in dem weiteren Sinne, daß derjenige, der bereits bei einem der beiden Rechtsgeschäfte mitzuwirken hat, nicht auch zugleich bei dem andern tätig werden kann. Daraus ergibt sich auch, daß, falls der Ehemann Vormund

---

[6]) Sauer S. 28 f.; Planck § 1304, 3, Art. 46, 1; Endemann S. 131 Anm. 48 b, S. 196 Anm. 4; Staudinger § 1304, 7; Dernburg S. 372 Anm. 7; Neumann § 1304, 3.

[7]) OberstLG. v. 30. 7. 1904, E. bayr. Bd. 5 S. 414; Planck § 182, 2.

seiner Ehefrau ist und es sich um die Vornahme eines Verfügungsgeschäftes über eingebrachtes Gut handelt, der Ehemann das Rechtsgeschäft nicht als gesetzlicher Vertreter vornehmen kann. Dann hätte er die ehemännliche Zustimmung zu erteilen (§ 1395). Diese könnte er aber nicht erteilen, wenn er bereits qua gesetzlicher Vertreter am Hauptgeschäft beteiligt ist. Die ehemännliche Zustimmung erteilt er kraft eigenen Rechts. Es würde daher der Bestellung eines Pflegers zur Vornahme des Hauptgeschäftes bedürfen, der Ehemann hätte nur seine ehemännliche Zustimmung zu erteilen. Die Vornahme des Verfügungsgeschäfts auf diese Weise hat jedoch nur theoretische Bedeutung, denn der Ehemann wird lieber das Verfügungsgeschäft qua Ehemann vornehmen unter Zustimmung eines an seine Stelle als Vormund tretenden Pflegers, als durch diesen das Rechtsgeschäft vornehmen zu lassen und sich mit der Erteilung der sekundären Zustimmung zu begnügen.

Aus dem Gesagten ergibt sich ferner, daß der gesetzliche Vertreter die ihn von der Vertretung des Schutzbefohlenen beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts ausschließenden Bestimmungen nicht dadurch umgehen kann, daß er den Schutzbefohlenen das betreffende Rechtsgeschäft mit seiner Zustimmung vornehmen läßt. Das gilt auch dann, wenn die beschränkt geschäftsfähige Ehefrau ein Verfügungsgeschäft über eingebrachtes Gut selbst abschließt unter Zustimmung ihres Ehemannes. Man könnte sagen, die vom Ehemann erteilte Zustimmung sei doppelseitiger Natur, sie sei einmal die ehemännliche als auch die des gesetzlichen Vertreters. Insoweit sie aber die des gesetzlichen Vertreters ist, wäre sie unwirksam, denn der Ehemann wäre mit Rücksicht darauf, daß er seine ehemännliche Zustimmung zu erteilen hat, nicht in der Lage, das Rechtsgeschäft für seine Ehefrau als deren gesetzlicher Vertreter abzuschließen. Ist aber die Vertretung in Ansehung des Hauptgeschäfts ausgeschlossen, gilt das auch in Ansehung der Zustimmung.[8]) Auch im römischen Recht findet sich bereits der Satz, daß der tutor zu Rechtsgeschäften seines Pupillen, bei denen er selbst beteiligt ist, seine auctoritas nicht interponieren kann.

[8]) vgl. zu der ganzen Frage auch Endemann S. 597, 4 Abs. 2; Windscheid-Kipp Bd. 3 S. 63; Breit, Seufferts Bl. Bd. 73 S. 889.

l. 1 D. XXVI, 8 de auctoritate et consensu tutorum et curatorum.

Quamquam regula sit iuris civilis in rem suam auctorem tutorem fieri non posse ... se tamen auctore ab eo (pupillo) stipulari non potest. ... sed si auctor fiat, ut filio suo quid tradatur, nulla erit auctoritas, evidenter enim sua auctoritate rem adquirit.

l. 5 eodem: pupillus obligari tutori eo auctoritate non potest.

Vergleiche auch l. 7 eodem und l. 3 J. 1, 21 de auctoritate tutorum:

Si inter tutorem pupillumve iudicium agendum sit, quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest ... curator in locum eius datur, quo interveniente iudicium peragitur et eo peracto curator esse desinit.

Die entwickelten Grundsätze hätten gleichermaßen zu gelten, wenn die Ehefrau Vormünderin ihres Mannes ist und für sich ein Rechtsgeschäft in Ansehung des eingebrachten Gutes vornimmt oder einen Rechtsstreit führt (§ 1400). Hier hätte die Ehefrau als gesetzliche Vertreterin des Mannes die ehemännliche Zustimmung zu erteilen, wozu sie nach dem Gesagten nicht imstande wäre. Für diesen Fall trifft jedoch § 1409 Satz 2 eine Ausnahme, indem er die Ehefrau ermächtigt, sich selbst die ehemännliche Zustimmung zu erteilen.[9]) Gegen einen Mißbrauch ist der Ehemann dadurch geschützt, daß ihm die Ehefrau nach vormundschaftsrechtlichen Grundsätzen haftet (§ 1833).[10])

2. An diesem Orte kann auch zu der Frage Stellung genommen werden, ob es des Abschlusses eines Lehrvertrages und damit der Bestellung eines Pflegers (§§ 1795 Abs. 2, 1630 Abs. 2 Satz 1, 181) bedarf, wenn der elterliche Gewalthaber eines Minder-

---

[9]) § 1409 Satz 2 gilt auch hinsichtlich des Gesamtguts bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1457 Satz 2) und hinsichtlich des Gesamtguts und des eingebrachten Guts bei der Errungenschafts- (§§ 1519 Abs. 2, 1525 Abs. 2) und Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549, 1550 Abs. 2).

[10]) Mot. S. 287 letzter Absatz; vgl. a. KG. v. 1. 4. 1901, Jahrb. Bd. 22 A S. 142; Achilles § 1409, 2.

jährigen dessen berufliche Ausbildung übernimmt. Nach der zwingenden Vorschrift des § 126 b GewO. bedarf es eines Lehrvertrages, der bei Vermeidung von Rechtsnachteilen im Falle der Vertragsverletzung (§§ 127 d, 127 f) und bei der in § 150 Ziff. 4 a für den Lehrherrn statuierten Strafandrohung schriftlich abzuschließen und vom Lehrherrn oder dessen Stellvertreter, dem Lehrling und dessen gesetzlichem Vertreter zu unterschreiben ist. Entgegen Hilse (Zbl. Bd. 3 S. 707 ff., R. 1903 S. 177, 310), dem sich Staudinger (§ 1631 I, 3 c) anschließt,[11]) und Blume (§ 1631, 3 c) ist mit Landmann (Bd. 2 S. 239), Schmale (R. 1903 S. 260 f.) und Planck (§ 1631, 1 c Abs. 3) die Notwendigkeit der Errichtung eines Lehrvertrags in diesem Falle zu verneinen. Aus §§ 1627, 1631 ergibt sich für den Gewalthaber das Recht und die Pflicht, für die berufliche Ausbildung des Kindes zu sorgen. Hat er selbst die Befähigung, dem Kinde die berufliche Ausbildung zu erteilen, und tut er dies, so handelt er in Ausübung desselben Rechts und derselben Pflicht. Er kann nicht gezwungen werden, das auf seiner Erziehungsgewalt beruhende Lehrverhältnis in ein gewerberechtliches umzuwandeln. Voraussetzung ist nur, daß der Gewalthaber die von der Gewerbeordnung für das Halten und Unterweisen von Lehrlingen getroffenen allgemeinen Bestimmungen erfüllt und die Qualifikation für das betreffende Gewerbe besitzt. Die hier vertretene Ansicht hat sich auch die Novelle zur Gewerbeordnung v. 30. 5. 1908 (RGBl. S. 356) zu eigen gemacht, die dem § 126 b GewO. einen Abs. 3 hinzufügt, wonach es nicht des Abschlusses eines Lehrvertrages samt den in § 126 b nach Form und Inhalt aufgestellten Erfordernissen bedarf „für Lehrverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, falls der Handwerkskammer das Bestehen des Lehrverhältnisses, der Tag seines Beginns, das Gewerbe oder der Zweig der gewerblichen Tätigkeit, in dem die Ausbildung erfolgen soll, und die Dauer der Lehrzeit schriftlich angezeigt wird". Die Nichterforderlichkeit des Abschlusses eines Lehrvertrags für den Fall, daß der Vormund sein Mündel in die Lehre nehmen will, würde an sich aus § 1800 folgen. Da jedoch die lex specialis

---

[11]) vgl. a. OLG. Naumburg v. 15. 11. 1902, DJZ. 1903 S. 60; KG. vom 27. 4. 1905 bei Reger Bd. 26 S. 56 ff.

sich auf diesen Fall nicht mit erstreckt, wird man das Erfordernis eines Lehrvertrags in diesem Falle bejahen müssen.

3. Einer der wichtigsten nach § 1795 zu beurteilenden Fälle ist der der Auseinandersetzung, sei es bei Auflösung einer Gesellschaft (§§ 730 ff.), Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 752 ff.), oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1492), oder in dem bereits erwähnten Falle der Wiederverheiratung des gesetzlichen Vertreters in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens (§§ 1669, 1686, 1845, 1493, 1740, 1761, [1314]), insbesondere aber im Falle der Erbauseinandersetzung (§ 2042). Hierbei darf insbesondere die Vorschrift des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 nicht übersehen werden, wonach der mit den Schutzbefohlenen in gerader Linie verwandte gesetzliche Vertreter, insbesondere also der Gewalthaber, bei der Auseinandersetzung keinen der mehreren Schutzbefohlenen vertreten kann. Ist der gesetzliche Vertreter an der Auseinandersetzung selbst beteiligt, so ergibt sich der Ausschluß seiner Vertretungsbefugnis bereits aus §§ 1795 Abs. 2, 181. Es bedarf daher, vorausgesetzt, daß eine Auseinandersetzung auch unter den Schutzbefohlenen stattfinden soll und diese nicht etwa in ihrer Gesamtheit einem Teilhaber der Gemeinschaft oder einem Dritten gegenübertreten,[12]) der Bestellung eines Pflegers für jeden Schutzbefohlenen, denn auch der Pfleger ist zur Vertretung mehrerer Pfleglinge bei Rechtsgeschäften unter diesen nicht in der Lage (§§ 1915, 1795 Abs. 2, 181). Ist der Kreis der Schutzbefohlenen sehr umfangreich, so macht sich diese Konsequenz unangenehm fühlbar. Es sind verschiedene Versuche gemacht worden, diesem Übelstande abzuhelfen, insbesondere hat man den Nachweis zu erbringen versucht; daß

---

[12]) vgl. OberstLG. v. 10. 4. 1902, E. bayr. Bd. 3 S. 311; v. 6. 3. 1908, ZRpflB. 1908 S. 292; v. 27. 7. 1908, DJZ. Bd. 14 S. 1153; LG. Colmar vom 1. 8. 1902, Zbl. Bd. 3 S. 494; KG. v. 7. 11. 1901, RJA. Bd. 2 S. 223; Planck S. 483 oben. Der gesetzliche Vertreter genügt seiner für den Fall der Wiederverheiratung vorgeschriebenen Auseinandersetzungspflicht, wenn er sich mit der Gesamtheit der Schutzbefohlenen auseinandersetzt, nicht dagegen bedarf es auch einer Auseinandersetzung unter diesen; LG. Cöln v. 6. 6. 1905, Rhein. NotZ. 1908 Bd. 53 S. 93 ff.; KG. v. 7. 10. 1901, Jahrb. Bd. 23 A S. 74. Ebenso geht das Recht eines Miterben auf Aufhebung der Erbengemeinschaft (§ 2042) nur darauf, daß die Auseinandersetzung ihm gegenüber vorgenommen wird; LG. Cöln a. a. O. S. 94; vgl. a. §§ 738 ff.

die dem gesetzlichen Vertreter das Selbstkontrahieren erlaubenden Ausnahmen des § 181 — in Ansehung der Erfüllungsgeschäfte oder bei Gestattung — vorlägen. Für die Rechtsgeschäfte der in § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichneten Personen gilt die erste Ausnahme kraft ausdrücklicher Vorschrift (a. a. O.) ebenfalls. Nach der einen Ansicht soll die Auseinandersetzung bezw. Teilung ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Der Anspruch auf Auseinandersetzung wie der auf Aufhebung einer Gemeinschaft, die dem Anteilsrechte entsprängen, seien gerichtet auf Herstellung eines diesem Anteilsrechte entsprechenden Zustandes, also eines ihm gleichkommenden Alleineigentums an den gemeinschaftlichen Gegenständen der Natur oder dem Werte nach. Zur Erreichung eines entsprechenden Zustandes hätten die Teilhaber in der aus dem Gesetze (§§ 731—735, 752—754, 1471—1477, 1546, 1549, 2042, 2046 f.) sich ergebenden Weise mitzuwirken. Sonach bestehe eine wechselseitige Verbindlichkeit, die durch Vornahme der Teilung erfüllt werde. Die Auseinandersetzung bestehe auch *ausschließlich* in der Erfüllung einer Verbindlichkeit, vorausgesetzt, daß sie genau nach den gesetzlichen Bestimmungen erfolge, und daß es in Ausführung der Teilung nicht noch besonderer Vereinbarungen bedürfe, wie z. B. dann, wenn die Teilungsmasse nicht in Geld, sondern in Grundstücken, Forderungen u. dgl. bestehe und eine Teilung in Natur ausgeschlossen sei, vielmehr dem einen Teilungsgenossen dieses, dem andern jenes Vermögensobjekt zugeteilt und ein dritter in Geld abgefunden werden solle, oder wenn die Teilungsquoten mit Rücksicht auf eine bestehende Ausgleichungspflicht erst durch besondere Vereinbarungen festgestellt werden müßten.

Diese Ansicht, die von *Hangen* (Hess. Rechtspr. Bd. 1 S. 70 f., Bd. 3 S. 14 ff. und insbes. DJZ. 1902 S. 267 ff.) und *Löffler* (Rhein. NotZ. 1901 Bd. 46 S. 255 ff.) vertreten wird, übersieht, daß die Auseinandersetzung und Teilung sich nicht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit erschöpfen, auch wenn sie ausschließlich in Befolgung der für sie im Gesetz enthaltenen Bestimmungen geschehen. Durch die Art und Weise der Teilung werden neue, vorher nicht bestehende Verbindlichkeiten eingegangen, Rechte gegenseitig ausgetauscht. Die Verpflichtung der Teilungsgenossen be-

steht darin, daß überhaupt geteilt wird, nicht aber wie geteilt wird, die Regelung dieser Frage ist die Aufgabe des besonderen Teilungsgeschäfts. Mag es auch bei der Teilung in Natur eines besonderen Veräußerungsvertrages nicht bedürfen (Mot. Bd. 2 S. 887; and. A. Staudinger § 757, 1 Abs. 2), so liegt doch in der Aufgabe des Mitrechts seitens des einzelnen Teilungsgenossen ein Verzicht, der jedenfalls außerhalb des Rahmens eines bloßen Erfüllungsgeschäfts fällt (Mot. a. a. O.). Erfolgt die Teilung durch Verkauf an einen Teilungsgenossen (§ 753 Abs. 1 Satz 1), ergibt sich das Vorliegen eines besonderen Veräußerungsvertrags ohne weiteres. Dasselbe gilt für die zwangsweise Teilung (§§ 753 Abs. 1 Satz 2, 180 ff. ZVG.) (and. A. Hagen, DJZ. 1902 S. 268).

Die von Hagen und Löffler vertretene Ansicht wird denn auch in der Literatur (Staudinger § 1630 VI, 5 ad; Planck [in Feuerbach], Württemb. Z. f. fr. G. Bd. 44 S. 8; Bingel, Diss. S. 10) und Praxis (KG. v. 22. 4. 1901, RJA. Bd. 2 S. 110; LG. Colmar v. 1. 8. 1902, Zbl. Bd. 3 S. 494 u. v. 3. 2. 1903, Zbl. Bd. 4 S. 715; Bad. Rechtspr. 1900 S. 124; RG. v. 9. 11. 1907, E. Bd. 67 S. 61 ff.; vgl. auch den der Entscheidung des RG. zugrunde liegenden Beschluß des OberstLG. v. 6. 9. 1907, ZRpflB. 1907 S. 436) abgelehnt.

Von andrer Seite wird behauptet, dem gesetzlichen Vertreter könne das Selbstkontrahieren bei der Auseinandersetzung gestattet sein. Die einen wollen eine stillschweigende Gestattung zum Selbstkontrahieren annehmen. So will Dapper (Hess. Rechtspr. Bd. 1 S. 64) aus einer Stelle in den Motiven (S. 1089 letzter Absatz), in der ein unbedingter Ausschluß des gesetzlichen Vertreters abgelehnt wird, eine stillschweigende Gestattung des Gesetzgebers in der Richtung annehmen, daß eine Vertretung mehrerer Pfleglinge durch einen Pfleger so lange als zulässig anzusehen sei, als nicht ein Widerstreit der Interessen der verschiedenen Schutzbefohlenen vorliege. Auch Dernburg (Bd. 1 S. 497 Anm. 5) redet der stillschweigenden Gestattung das Wort und wendet sich gegen eine pedantische Durchführung des Selbstkontrahierverbots, falls es sich um verkehrsübliche, geringfügige, dem Schutzbefohlenen nützliche Geschäfte handle; es müsse dem gesetzlichen Vertreter als gestattet gelten, was nicht gegen Treu und Glauben verstoße. Er zieht

jedoch gerade für die Auseinandersetzung nicht die Konsequenz seiner Ansicht, da er in Bd. 4 S. 372 Anm. 8 erklärt, daß bei der Auseinandersetzung unter Geschwistern jedem Minderjährigen ein besonderer Pfleger bestellt werden müsse. In ähnlichem Sinne wie Dernburg äußert sich auch der V. Zivilsenat des Reichsgerichts in seinem dem Plenarbeschlusse des Reichsgerichts v. 13. 5. 1909 vorausgegangenen Gutachten (E. Bd. 71 S. 163). Eine stillschweigende Gestattung könnte m. E. nur dann angenommen werden, wenn sie sich in schlüssiger Weise aus anderen Vorschriften des Gesetzes ergeben würde. Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus dem Untenstehenden. Dapper fußt auf dem durch nichts bewiesenen mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers. Sein Zitat der Motive erscheint uns überdies verfehlt. Die Motive wenden sich an der genannten Stelle nur dagegen, den Kreis der in § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 = § 1651 Ziff. 1 E. I bezeichneten, dem gesetzlichen Vertreter nahestehenden Personen ebenso weit auszudehnen wie § 41 ZPO. in Ansehung des iudex inhabilis. Gewiß wollen die Motive vor einer Überspannung des Prinzips, im Interesse des Schutzbefohlenen die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters einzuengen, warnen, bei der Verwertung der Motive zu § 1651 E. I für die Auslegung der §§ 1795, 181 darf aber nicht vergessen werden, daß E. I das Selbstkontrahierverbot noch als Ausnahme und nicht als Regel betrachtete. — Andre Schriftsteller räumen dem VG. die Befugnis ein, dem Pfleger die Gestattung zum Selbstkontrahieren zu erteilen. Die Vertretungsmacht des Pflegers sei nach Inhalt und Umfang vom Gesetz nicht genau begrenzt, dieses bestimme nur, wann ein Pfleger zu bestellen sei, überlasse es aber im übrigen dem VG., bei der Bestellung des Pflegers dessen Wirkungskreis genau zu umschreiben. Die Bestellung des Pflegers sei konstitutiver Natur im Gegensatz zu der nur deklaratorischen des Vormundes. Der Richter übe hier an Stelle der Schutzbefohlenen in entsprechender Weise die Tätigkeit aus, die bei gewillkürter Vertretung dem Vollmachtgeber zukomme. Der Vollmachtgeber sei aber imstande, die Vollmacht bis zur Gestattung des Selbstkontrahierens zu erweitern. Sonach müsse auch dem VG. die Befugnis zustehen, dem Pfleger das Selbstkontrahieren zu gestatten, denn es gehe aus dem Gesetze nicht

hervor, daß das VG. in dieser Hinsicht beschränkter sein solle als ein Vollmachtgeber. Die allgemeine Aufgabe des VG., den Umfang und Inhalt der Pflegschaft zu bestimmen (§ 1909), schließe sonach ohne weiteres das besondere Recht in sich ein, den Pflichtenkreis des Pflegers in geeigneten Fällen so zu bestimmen, daß diesem die Vertretung der Schutzbefohlenen auch in den Fällen gestattet sein solle, in denen er dazu nach § 181 einer besonderen Gestattung bedürfe. Werde der Pfleger damit betraut, bei der Erbauseinandersetzung die Schutzbefohlenen nicht nur dem Gewalthaber gegenüber, sondern auch untereinander zu vertreten, so werde ihm eben gerade das gestattet, wozu ein Vertreter nach § 181 einer besonderen Gestattung bedürfe (OLG. Colmar v. 12. 9. 1903, Rechtspr. Bd. 6 S. 39 und in dem dem Plenarbeschluß des Reichsgerichts v. 13. 5. 1909 zugrunde liegenden Beschlusse). Eine Sondervorschrift, die das VG. ermächtige, dem Pfleger die Gestattung zu erteilen, sei nicht erforderlich, es hätte vielmehr einer besonderen Bestimmung bedurft, wenn das Gesetz die Absicht gehabt hätte, dem VG. diese Befugnis zu entziehen. Dies ist die Begründung von Kleinschmidt (Hess. Rechtspr. Bd. 9 S. 174) und Freese (Zbl. Bd. 10 S. 316 ff.).

Deren Ansicht wird auch von Cosack vertreten. Dieser äußert sich in der 4. Aufl. seines Lehrbuchs des bürgerl. R. dahin: wie bei gewillkürter Stellvertretung der Vollmachtgeber, bei Organen der Körperschaften die körperschaftliche Satzung oder Mitgliederversammlung, so könne bei Gewalthaberverhältnissen über unselbständige Personen das VG. die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters über den Regelfall des § 181 hinaus erweitern (Bd. 1 § 68 II b). In seiner neuesten Auflage schränkt er seine Ansicht dahin ein, zur Gestattung sei bei gesetzlichen Vertretern wohl meist das VG. zuständig (S. 292). Wieder andere Schriftsteller leiten die Ermächtigung des VG. zur Gestattung des Selbstkontrahierens unmittelbar aus dem Gesetz ab. Blume (§ 1795, 4 Abs. 4) äußert sich dahin: Nach § 1846 habe das VG. im Falle der Verhinderung des Vormundes selbst die erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das VG. könne in diesen Fällen zwar eine Pflegschaft anordnen, aber in dringenden Fällen davon absehen und selbst für den Schutzbefohlenen handeln. Daraus

sei das Recht abzuleiten, daß das VG. in dringenden Fällen dem gesetzlichen Vertreter die Erlaubnis zum Selbstkontrahieren erteilen könne. Sohn (Els.-Loth. Z. Bd. 33 [1908] S. 216 ff.) stützt sich auf § 1775: Aus der in diesem Paragraphen enthaltenen unterschiedslosen Anweisung des VG., wenn nicht besondere Gründe vorlägen, für mehrere Mündel nur einen Vormund zu bestellen, ohne daß gerade an dieser Stelle hinzugefügt worden sei, daß der Vormund dann aber nicht für die einzelnen Mündel unter diesen Rechtsgeschäfte abschließen dürfe, sei der Wille des Gesetzgebers dahin zu folgern, daß der für mehrere Mündel bestellte Vormund die volle Vertretungsmacht haben und deshalb auch zum Abschluß derartiger Rechtsgeschäfte berechtigt sein solle. Wenn § 1775 dem VG. die Pflicht auferlege, im einzelnen Falle nach verständigem Ermessen für mehrere Mündel nur einen Vormund oder Pfleger (§ 1915) zu bestellen, liege in einer auf Grund dieser Gesetzesbestimmung erfolgten Vormunds- oder Pflegerbestellung die vom Gesetz nirgends sonst verbotene Ermächtigung, für alle Mündel und unter ihnen eine gemeinschaftliche Auseinandersetzung vorzunehmen oder sonst Rechtsgeschäfte abzuschließen. Dieselbe Ansicht vertritt auch das OLG. Colmar (vgl. den oben zit. Beschl. v. 12. 9. 1903, Rechtspr. Bd. 6 S. 39), dem Sohn selbst angehört. Freese, Kleinschmidt und Sohn heben noch übereinstimmend hervor, daß aus der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens bei einer Erbauseinandersetzung den Schutzbefohlenen Nachteile nicht erwachsen würden, da das VG., wenn es zu der Überzeugung gelange, daß die Interessen einzelner Mündel bei der Erbauseinandersetzung beeinträchtigt worden seien, dieser seine Genehmigung (§ 1822 Ziff. 2) versagen könne. — Sohn und das OLG. Colmar verkennen die Bedeutung der in § 1775 enthaltenen Bestimmung. Aus dem Wortlaute „soll — bestellen" folgt unzweideutig, daß § 1775 nur instruktionell ist. Diese Bestimmung beruht vornehmlich auf der Erwägung, „daß die Interessen der mehreren miteinander verschwisterten Mündel durch einen und denselben Vormund am besten gewahrt werden, und daß nur besondere Gründe, die sich etwa aus dem Umfange oder der Art der vormundschaftlichen Geschäfte oder aus einem Widerstreite der Interessen der Mündel ergeben könnten, zu einer Abweichung

führen könnten" (Mot. S. 1031). Dagegen kommt dem § 1775 kein materiellrechtlicher Inhalt zu, er ist nicht bestimmt, die Vertretungsmacht des Vormundes zu regeln, mithin kann aus ihm die vormundschaftsgerichtliche Befugnis zur Gestattung des Selbstkontrahierens des gesetzlichen Vertreters nicht entnommen werden. Darauf hat bereits das Kammergericht im Beschluß v. 21. 4. 1901 (Rechtspr. Bd. 3 S. 107; vgl. a. KG. v. 8. 7. 1901, Zbl. Bd. 2 S. 385) hingewiesen. Ebenso äußert sich das Reichsgericht in der oben S. 81 zit. Entsch. v. 9. 11. 1907 (vgl. a. die übrige dort zit. Literatur und Judikatur sowie Planck §§ 181, 2 Abs. 2, 1795, 2 Abs. 1) dahin, § 1775 schließe nicht aus, daß verschiedene Vormünder oder Pfleger für die einzelnen Mündel bestellt werden müßten, sofern dies durch die Umstände des Falls geboten sei, dies treffe im vorliegenden Falle mit Rücksicht auf § 181 zu, bloße Zweckmäßigkeitsgründe könnten nach Lage der Gesetzgebung eine abweichende Auffassung nicht rechtfertigen. Cosack, Freese und Kleinschmidt gegenüber ist zu betonen, daß Vormund und Pfleger als gesetzliche Vertreter ihre Vertretungsmacht unmittelbar aus dem Gesetz ableiten, nicht dagegen wird ihnen, auch dem Pfleger nicht, ihre Vertretungsbefugnis vom VG. verliehen. Eine gesetzliche Begrenzung des Wirkungskreises des Pflegers wäre mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der einzelnen konkreten Fälle unmöglich, nur aus diesem rein technischen Grunde ist die Pflegerbestellung konstitutiv, ohne daß sie dadurch aufhört, unmittelbar dem Gesetze zu entspringen. Die Befugnis zum Selbstkontrahieren müßte sich sonach aus dem Gesetz ergeben.[13]) Daß diese Ansicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ergeben auch die Materialien: So werden in den Protokollen (bei Mugdan Bd. 1 S. 759) — worauf schon das LG. Colmar in dem zit. Beschl. v. 3. 2. 1903 (Zbl. Bd. 4 S. 716) hinweist — die im Gesetz (§ 181) enthaltenen Worte „soweit ihm (dem Vertreter) nicht ein anderes gestattet ist" durch die Fassung „soweit nicht durch Gesetz oder die Vollmacht dem Vertreter ein anderes gestattet ist" erläutert. Ebenso

---

[13]) vgl. a. Fuchs § 1795, 2 cβ; Endemann § 222, 3 a Anm. 13; Planck § 181, 1; Siebdrat, Zbl. Bd. 2 S. 508; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 199, 204.

heißt es in der Denkschrift (S. 30 letzter Abs.), daß nur solche Gestattungen in Frage kommen könnten, „die durch das der Vertretungsmacht zugrunde liegende Gesetz oder durch Rechtsgeschäft bestimmt sind". Eine vom VG. erteilte Gestattung würde aber eine solche kraft Gesetzes nicht sein, die Machtbefugnisse des VG. halten sich in dem vom Gesetz vorbezeichneten Rahmen (vgl. a. Siebdrat, Zbl. Bd. 2 S. 507), danach kann das VG. die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters wohl zwar beschränken (§ 1796), nicht aber sie erweitern. Eine Erweiterung könnte, wie das Reichsgericht in dem bereits zit. Plenarbeschl. v. 13. 5. 1909 (E. Bd. 71 S. 162 ff.) noch hervorhebt, sonach nur im Wege des Rechtsgeschäfts, also durch Vollmachtserteilung erfolgen, diese würde aber wiederum die Befugnis des VG. zur eigenen rechtsgeschäftlichen Vertretung des Schutzbefohlenen voraussetzen. Die Fälle aber, in denen das VG. für den Schutzbefohlenen selbst tätig wird (z. B. §§ 1672, 1844, 1666, 1665, 1846; vgl. oben §§ 6, 9, insbes. § 9 Anm. 7), sind nur im Interesse des Schutzbefohlenen gegebene Ausnahmen von der Regel, daß nur dem gesetzlichen Vertreter die Verwaltung des Fürsorgeamtes zusteht. Blume ist zu entgegnen, daß das Tätigwerden des VG. auf Grund der §§ 1665, 1846 sich auf vorläufige Maßnahmen beschränkt und ein dringendes Bedürfnis voraussetzt (Mot. S. 1155), keine dieser beiden Voraussetzungen trifft aber für die Auseinandersetzung zu. Siebdrat (a. a. O. S. 508) weist auch mit Recht darauf hin, daß die gegnerische Meinung sich nicht auf die §§ 1825, 1643 Abs. 3 stützen könne. Die dort dem VG. zugesprochene Befugnis, dem gesetzlichen Vertreter zur Vornahme gewisser genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte eine allgemeine Ermächtigung zu erteilen, hat nicht die Bedeutung einer materiellen Erweiterung der Vertretungsmacht, sondern bezweckt lediglich eine Vereinfachung der Amtsführung des gesetzlichen Vertreters aus rein praktischen Gründen.

Daß die in § 181 normierte Gestattungsausnahme vom Verbot des Selbstkontrahierens für den gesetzlichen Vertreter in Frage kommen könne, ist sonach zu verneinen. Das Reichsgericht (a. a. O. S. 169) hebt auch noch hervor, daß, falls die gegenteilige Ansicht richtig wäre, ein offenbarer Widerspruch zwischen § 181

und § 1795 bestehen würde. Während auf Grund einer besonderen Gestattung die Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen Schutzbefohlenem und gesetzlichem Vertreter durch den letzteren zulässig wäre, wäre eine Vornahme von Rechtsgeschäften zwischen dem Schutzbefohlenen und dem Ehegatten oder den mit dem gesetzlichen Vertreter in gerader Linie verwandten Personen seitens des gesetzlichen Vertreters unmöglich, da § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 die Zulassung der Gestattungsausnahme ausschließt. Der Interessengegensatz zwischen Schutzbefohlenem und gesetzlichem Vertreter ist aber gerade bei den letztgenannten Geschäften weniger erheblich als im ersteren Falle.

Neben die im Vorstehenden wiedergegebenen Versuche treten solche, die durch eine besondere Gestaltung des Auseinandersetzungsverfahrens die in §§ 1795, 181 begründeten Schwierigkeiten umgehen wollen. v. Blödau (DJZ. 1908 S. 1103) schlägt folgenden Ausweg vor (vgl. a. Siebdrat a. a. O. S. 510). Bei einer Erbauseinandersetzung, an der auch der gesetzliche Vertreter beteiligt sei, lasse man erst diesen sich mit der durch einen Pfleger vertretenen Gesamtheit der Schutzbefohlenen auseinandersetzen, entlasse dann den Pfleger seines Amtes und bestelle ihn für einen Schutzbefohlenen, worauf er sich mit den durch den gesetzlichen Vertreter vertretenen übrigen Schutzbefohlenen auseinandersetze u. s. f. Die Zulässigkeit dieses die Auseinandersetzung in einzelne Auseinandersetzungen zerlegenden Verfahrens ist zwar an sich nicht zu bezweifeln (unbestimmt LG. Colmar v. 3. 2. 1903, Zbl. Bd. 4 S. 717), denn eine jede derartige Auseinandersetzung ist nichts anderes als eine teilweise, d. h. nur mit einem oder mehreren Miterben stattfindende Auseinandersetzung, bei der die übrigen Miterben zunächst in Erbengemeinschaft bleiben (Planck Vorbem. 4 vor § 2042), nur daß die Fortsetzung der Erbengemeinschaft unter den übrigen Erben sofort nach und nach wieder aufhört, wenn schon auch v. Blödau zugibt, daß dieses Teilungsverfahren nicht gerade als einfach bezeichnet werden kann. Dieses Verfahren ist jedoch unzulässig, wenn der gesetzliche Vertreter mit den Schutzbefohlenen in gerader Linie verwandt ist, insbesondere wenn er der Gewalthaber ist (§ 1795 Abs. 1 Ziff. 1). Diesen Fall hat aber v. Blödau gerade im Auge. Auf die Gesetzwidrigkeit des von

v. Blödau vorgeschlagenen Verfahrens weist Pieper (DJZ. 1909 S. 78) mit Recht hin. Daß in dem von v. Blödau vorgeschlagenen Verfahren § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 Anwendung zu finden hat, scheint auch Siebdrat (a. a. O.) zu übersehen. Nach Pieper genügen jedoch zwei Pfleger neben dem Gewalthaber, wenn man den einen Pfleger der Gesamtheit der Schutzbefohlenen bestellt und nach deren Auseinandersetzung mit dem Gewalthaber den andern Pfleger dem jeweils aus der Gesamtheit austretenden Schutzbefohlenen bestellt und diesen sich mit dem jeweils verbleibenden Reste der Schutzbefohlenen auseinandersetzen läßt. Auf diese Möglichkeit hatte bereits das Oberste Landesgericht in seinem der Entscheidung des Reichsgerichts v. 9. 11. 1907 zugrunde liegenden Beschlusse v. 6. 9. 1907 (ZRpflB. 1907 S. 436) hingewiesen, das Reichsgericht ist jedoch auf die Erörterung der Frage nicht eingegangen. Die Zulässigkeit dieses Verfahrens steht m. E. außer Zweifel (and. A. das Nachwort zum Abdruck des Urteils des Reichsgerichts v. 9. 11. 1907 in ZRpflB. 1908 S. 16), wenn schon nicht verkannt werden soll, daß die Ersparnis an der Bestellung von verschiedenen Pflegern nur auf Kosten der Einfachheit des Verfahrens erreicht wird, und diese Art des Verfahrens voraussetzt, daß ein Widerstreit der Interessen der einzelnen Schutzbefohlenen nicht besteht. Für einfache Teilungen, insbesondere dann, wenn die Teilungsmasse nur in Geld besteht, oder wenn eine Teilung in Natur möglich ist, dürfte sich jedoch dieses Verfahren empfehlen.

Beachtlich sind auch die Ausführungen von Marcus im Zbl. Bd. 9 S. 173 ff. Er macht darauf aufmerksam, daß eine Erbengemeinschaft auch dadurch vollständig aufgehoben werden könne, daß einem Miterben die Erbteile der sämtlichen Miterben gemäß § 2033 übertragen werden und der Empfänger sich zu entsprechenden Gegenleistungen an die Geber verpflichtet. Auf diese Möglichkeit habe bereits das Kammergericht (4. 7. 1907 im Zbl. Bd. 8 S. 336) hingewiesen. Der von den „Rechtsverhältnissen der Erben untereinander" handelnde I. Untertitel des vierten Erbrechtstitels zerfalle — wenn auch nicht äußerlich getrennt — in drei Gruppen, deren erste in §§ 2032—2041 die Rechtsverhältnisse bis zur Auseinandersetzung, die folgende in §§ 2042—2049 die Auseinandersetzung selbst regele. Schon daraus ergebe sich, daß

von einer Auseinandersetzung im Sinne von §§ 2042 ff. nicht die Rede sein könne, wenn ein Erbe zugunsten eines andern Miterben über seinen Anteil am Nachlasse, seinen Erbteil, in der gesetzlichen Form verfüge. Hierzu komme noch, daß der sein Erbteil nach § 2033 veräußernde Miterbe wegen der dinglichen Natur einer derartigen Verfügung sein Recht an der Erbteilung bei der späteren Erbauseinandersetzung verliere, und daß an seine Stelle der Erwerber des Erbteils bei der Auseinandersetzung trete (KG. vom 19. 7. 1906, Rechtspr. Bd. 14 S. 154). Die Verfügung nach § 2033 könne daher nicht als eine Auseinandersetzung im Sinne von § 2042 aufgefaßt werden, weil sonst die Möglichkeit zweier Auseinandersetzungen in Ansehung desselben Nachlaßanteils bestünde, was rechtlich unlogisch sei. Übertrügen alle Miterben einem von ihnen ihre Erbteile in dieser Weise, so sei der Erfolg der gleiche, wie wenn sie einen Erbauseinandersetzungsvertrag nach § 2042 schlössen. Denn in beiden Fällen werde bewirkt, daß das bisherige Vermögen zu gesamter Hand sich in Sondervermögen eines einzelnen Miterben verwandle. Der Erbauseinandersetzungsvertrag sei jedoch ein Vertrag zwischen allen Erben, während die nach § 2033 geschlossenen Verträge nur zwischen Veräußerer und Erwerber geschlossen würden; einer Zuziehung der übrigen Erben bedürfe es nicht, sie seien bei der Verfügung nach § 2033 nicht beteiligt, für sie trete der Erwerber des Erbteils an die Stelle des veräußernden Miterben. Marcus verneint daher die Frage, daß, wenn alle Miterbenanteile gemäß § 2033 einem Miterben übertragen werden, für jeden der dabei beteiligten Schutzbefohlenen ein Pfleger zu bestellen sei, es bedürfe vielmehr der Bestellung nur eines Pflegers, der bei dem einzelnen nach § 2033 geschlossenen Vertrage den bei diesem Vertrage beteiligten Schutzbefohlenen dem erwerbenden Miterben gegenüber vertrete. Ebenso erachtet Marcus (Zbl. Bd. 10 S. 383 ff.) die Bestellung nur eines Pflegers für genügend, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft dadurch aufgehoben wird, daß die anteilsberechtigten Abkömmlinge dem überlebenden Ehegatten gegenüber gegen eine Abfindung auf ihre Anteile am Gesamtgut verzichten (§ 1491 Abs. 2). Ein derartiger Verzichtvertrag sei nicht so sehr ein Vertrag der anteilsberechtigten Abkömmlinge untereinander als vielmehr eine Vereinbarung eines

jeden von ihnen mit dem überlebenden Ehegatten. Dieser letzten Ansicht von Marcus kann nicht zugestimmt werden. Richtig ist zwar, daß dem Verzichtsvertrag des einzelnen Abkömmlings erhöhte Bedeutung zukommt, soweit er den überlebenden Ehegatten zum Vertragsgegner hat, dies schon mit Rücksicht auf die gleichzeitig festzusetzende Abfindung, allein der Verzichtsvertrag hat den überlebenden Ehegatten nicht ausschließlich zum Vertragsgegner, sondern ist auch, wie § 1491 Abs. 2 Satz 1 deutlich zum Ausdruck bringt, mit Rücksicht auf das Anwachsungsrecht der übrigen Abkömmlinge (§§ 1491 Abs. 4, 1490 Satz 3) mit diesen abzuschließen.

4. Die Vorschrift des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 u. 3 greift — wie sich schon aus ihrem Wortlaut ergibt — nicht Platz, wenn der Ehegatte des gesetzlichen Vertreters oder die mit ihm in gerader Linie verwandte Person dem Schutzbefohlenen nicht als Partei, sondern als Vertreter eines Dritten gegenübertritt. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um die Vertretung einer mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gesellschaft, z. B. einer Aktiengesellschaft (RG. v. 28. 11. 1888, E. Bd. 23 S. 202) oder eines rechtsfähigen Vereins handelt, deren Vorstand der Ehegatte oder Verwandte des gesetzlichen Vertreters des Schutzbefohlenen ist. Handelt dagegen der Ehegatte oder Verwandte des gesetzlichen Vertreters in Vertretung einer Gesellschaft (§§ 705 ff.) als deren Geschäftsführer oder als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als dessen in concreto vertretendes Mitglied (§ 54), so hat die Vorschrift des § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 u. 3 Anwendung zu finden. Hinsichtlich des nicht rechtsfähigen Vereins ergibt sich das aus § 54 Satz 2, der die persönliche Haftung des in concreto handelnden Vereinsmitglieds ausspricht. Hinsichtlich des geschäftsführenden Gesellschafters ist die Erwägung maßgebend, daß dieser nicht gesetzlicher Vertreter des gesellschaftlichen Sondervermögens ist, sondern hinsichtlich der übrigen Gesellschafter zwar als deren bevollmächtigter Vertreter, hinsichtlich seiner selbst jedoch im eigenen Namen handelt und trotz des Vorhandenseins eines Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter selbst, mithin auch sich selbst, berechtigt und verpflichtet (vgl. Planck Bd. 2 S. 728). Bezüglich des in Vertretung einer offenen Handelsgesellschaft handelnden

Ehegatten oder Verwandten, der deren Mitinhaber ist, hat das Reichsgericht[14]) mit Recht entschieden, daß § 1795 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 Anwendung zu finden habe. Das Gleiche gilt von den Komplementaren einer Kommanditgesellschaft, nicht dagegen von deren Kommanditisten (§§ 161 Abs. 1, 171 Abs. 1 HGB.), dem die Führung der Geschäfte übertragen ist,[15]) oder dem stillen Gesellschafter (§ 335 Abs. 2 HGB.).[16]) Es ist sonach stets zu prüfen, ob ein echtes Vertretungsverhältnis vorliegt, oder ob nicht etwa der Gegner des Schutzbefohlenen auch sich selbst berechtigt oder verpflichtet, mithin nur scheinbar oder nicht ausschließlich als Vertreter handelt.

5. Es war oben sub I hervorgehoben worden, daß dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung nur auf Grund der §§ 1666 Abs. 2 u. 1670 entzogen werden könne. Aus der erstgenannten Vorschrift ergibt sich, daß eine Entziehung der Vermögensverwaltung auf Grund von § 1666 Abs. 1 unzulässig ist. Wäre das Gegenteil der Fall, so wäre die besondere Hervorhebung der Befugnis des VG., unter gewissen weiteren Voraussetzungen dem Gewalthaber auch die Vermögensverwaltung und Nutznießung entziehen zu können, sinnlos. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die Denkschrift. „Nur wenn der Vater das Recht auf Gewährung von Unterhalt verletzt ..., darf dem Vater die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden" (S. 219).[17]) Es genügt sonach nicht, daß der Gewalthaber das Recht des Kindes auf Gewährung von Unterhalt verletzt — dies würde, falls ein Verschulden des Gewalthabers vorliegt, eine Gefährdung des leiblichen Wohls des Kindes durch Vernachlässigung desselben sein und sonach die Voraussetzung des § 1666 Abs. 1 erfüllen —, es muß vielmehr noch hinzukommen, daß für die

---

[14]) RG. v. 22. 5. 1906, EStr. Bd. 39 S. 16. Darüber, daß die offene Handelsgesellschaft keine juristische Person ist, vgl. RG. v. 21. 2. 1899, E. Bd. 43 S. 106; v. 11. 12. 1903, E. Bd. 56 S. 209; v. 26. 1. 1901, E. Bd. 56 S. 432; Gareis § 124.

[15]) § 164 HGB. ist nur Dispositivschrift.

[16]) vgl. Gareis § 335, 7; s. a. Thiele, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 101 S. 322 ff.

[17]) vgl. a. Staudinger § 1666 III B; Planck § 1666, 2c; Dernburg S. 289 Ziff. 1; Endemann S. 567 Anm. 54; d'Alleux, Diss. S. 19.

Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen ist.

Über das Verhältnis der beiden Absätze des § 1666 besteht Streit. Nach der Ansicht von Staudinger (a. a. O.), Planck (a. a. O.), Opet (S. 211) und Knitschky (S. 218) bildet § 1666 Abs. 2 nur eine Ergänzung, nur einen besonders geregelten Anwendungsfall des § 1666 Abs. 1 und ist keine selbständige Vorschrift. Das hat zur Folge, daß die Zulässigkeit der Entziehung der Vermögensverwaltung nur unter den in § 1666 Abs. 1 getroffenen allgemeinen Voraussetzungen besteht, daß sonach insbesondere die Verletzung der Unterhaltspflicht eine schuldhafte sein muß, was an sich für die Verletzung der Unterhaltspflicht nicht begriffsnotwendig wäre, denn die Unterhaltsgefährdung erfordert nur eine objektive Nichterfüllung der Unterhaltspflicht (Planck a. a. O.; Neumann § 1666 IV, 1). Die Richtigkeit der von den genannten Schriftstellern vertretenen Ansicht ergibt sich aus der Verwendung und Stellung des Wortes „auch" zur Verbindung des Abs. 2 mit dem Abs. 1: das „auch" ist dahin aufzufassen, daß den nach Abs. 1 zulässigen Maßregeln eine weitere hinzugefügt wird, für die noch besondere Voraussetzungen gelten. Gegen diese Ansicht wenden sich Blume (§ 1666 IV) und diesem sich anschließend das Kammergericht (v. 8. 11. 1906, Jahrb. Bd. 34 A S. 28 = RJA. Bd. 8 S. 87 f.; v. 10. 1. 1908, Pos. MSchr. 1908 S. 30) sowie Neumann (a. a. O.). Nach ihrer Ansicht bedeutet das „auch" nicht, daß die Vermögensentziehung ausschließlich in dem Falle des Abs. 2, sondern daß sie neben den im Abs. 1 aufgeführten Maßregeln zulässig sei. Abs. 2 sei selbständig und könne daher Anwendung finden, auch wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht vorlägen. — Diese Ansicht hätte den Vorzug, daß eine Vermögensentziehung nach § 1666 Abs. 2 zulässig wäre auch dann, wenn nur eine nicht schuldhafte Verletzung der Unterhaltspflicht vorläge, ohne daß den Gewalthaber ein Verschulden trifft, und auch dann, wenn dem unterhaltspflichtigen Gewalthaber die Personenfürsorge nicht zusteht (§§ 1635, 627 ZPO.), während § 1666 Abs. 1 das Personenfürsorgerecht des Gewalthabers voraussetzt. Die oben entwickelte Ansicht scheint uns jedoch der Fassung des § 1666 Abs. 2 gerechter zu werden. Die Unselbständigkeit der

Vorschrift des § 1666 Abs. 2 darf jedoch nicht, wie das Opet (S. 210) tut, dahin verstanden werden, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung nur zusammen mit den Maßregeln des Abs. 1, dagegen nicht unabhängig von ihnen erfolgen könne. Nach § 1666 Abs. 1 sollen nur die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, d. h. der Eingriff in die Rechte des Gewalthabers soll nicht weiter ausgedehnt werden, als unbedingt erforderlich ist. Glaubt das VG., daß die Entziehung der Vermögensverwaltung und Nutznießung zur Maßregelung des Gewalthabers genügt, ohne daß es noch besonderer, sich auf die persönliche Fürsorge erstreckender Einschränkungen bedarf, so hat es sich mit der Entziehung der Vermögensverwaltung und Nutznießung zu begnügen (vgl. a. Knitschky S. 218; Planck § 1666, 2c a. Anf.).

Im Falle der Gefährdung des Kindesvermögens kann das VG. dem Gewalthaber die Vermögensverwaltung nur dann entziehen (§ 1670), wenn dieser die vom VG. zur Abwendung der Gefahr getroffenen Maßregeln (z. B. Inventarisierung, Rechnungslegung, Hinterlegung von Wertpapieren, Inhaberpapieren und Kostbarkeiten) nicht nachgekommen ist oder eine ihm auferlegte Sicherheitsleistung nicht erfüllt hat (§§ 1667 f.). Dagegen ist eine Entziehung der Vermögensverwaltung auf Grund von § 1667 nicht zulässig, denn die Entziehung der Vermögensverwaltung ist das äußerste Mittel, das erst dann angewendet werden darf, wenn die sonstigen Maßregeln versagen (Denkschr. S. 220; Mot. Bd. 4 S. 810 Abs. 3; Planck § 1667, 3; Staudinger § 1677 III, 5; Blume § 1667, 1 Abs. 2; Breit, Seufferts Bl. Bd. 73 S. 886). Das Gleiche gilt von einer teilweisen Entziehung der Vermögensverwaltung, sei diese der Zeit oder dem Inhalte nach beschränkt. Denn bei den in § 1667 normierten Einschränkungen der Vermögensverwaltung des Gewalthabers bleibt diesem immer noch die völlige Vermögensverwaltung, er wird bei seiner Verwaltungstätigkeit nur solchen Einschränkungen unterworfen, die eine wirksame Kontrolle des VG. ermöglichen (KG. v. 1. 11. 1906, RJA. Bd. 8 S. 83; v. 22. 11. 1906 daselbst S. 90; v. 16. 2. 1903, Rechtspr. Bd. 6 S. 289).

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.